LE RAISONNEMENT *A CONTRARIO* : ÉTUDE DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE COMPARÉE*

Résumé

La règle juridique est composée d'une hypothèse et d'une solution. Si on remplace l'hypothèse par son contradictoire, la question qui se posera : quelle solution doit-on appliquer ? Cette question a reçu deux réponses. La première consiste à dire : à une hypothèse contradictoire, on doit appliquer une solution contradictoire. La seconde consiste à affirmer : à une hypothèse contradictoire, on doit appliquer une solution constituant principe. Ces deux réponses ont été avancées par la méthodologie du droit musulman et par la méthodologie du droit occidental. Le fait que les deux méthodologies avancent une réponse identique vérifie l'exactitude de l'hypothèse selon laquelle la méthodologie est en grande partie commune à tous les systèmes, qu'elle est dans une large mesure universelle et permanente. Ainsi la méthodologie comparée permet de dire qu'il y a beaucoup de méthodologie et peu de méthodologie comparée.

Abstract

The legal rule is composed of a hypothesis and a solution. If we replace the hypothesis by its contradictory, the question will be: What solution should we apply? This question has received two answers. The first consists in saying: to a contradictory hypothesis, we should apply a contradictory solution. The second consists in affirming: to a contradictory hypothesis, we should apply a principle-constituting solution. Both answers have been advanced by the methodology of Islamic law and by the methodology of Western law.

* Abdelmagid Zarrouki (Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis).

abdelmagidzarrouki@gmail.com

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 556 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

The fact that those methodologies propose identical answers confirms the validity of the hypothesis according to which the methodology is, for the most part, common to all the systems and, to a large extent, universal and permanent. Thus comparative methodology allows us to say that there is more methodology and less comparative methodology.

* * *

1 — Le raisonnement est une opération par laquelle on passe « *d'un énoncé à un autre énoncé* »[(1)] ; raisonner, c'est « inférer une proposition, appelée conclusion, à partir de certaines autres prises comme prémisses »[(2)].

Le passage ou l'inférence doit se faire « d'une façon qui doive entraîner l'adhésion et donc (qui) puisse se justifier. Cela revient à dire que le passage doit résulter de règles […] valables »[(3)] ou censées être valables pour le destinataire[(4)].

Ainsi, dans le raisonnement, on part d'une donnée. On utilise des règles valables ou censées être valables pour le destinataire. La donnée permet, avec les règles de passage, d'aboutir à une conclusion. Cette conclusion est valable pour tous ceux qui ne contestent pas : d'une part, la donnée ; et d'autre part, la validité des règles qui ont permis le passage de la donnée à la conclusion[(5)].

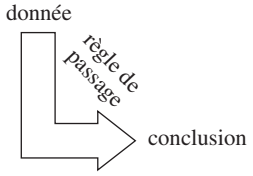
(1) J.-F. RICHARD, sous le mot : « raisonnement (philo. géné.) », *Encyclopédie philosophique universelle. Les notions philosophiques*, 1re éd., Paris, P.U.F., 1990. Voy. aussi : O. PFERSMANN, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 12.

(2) R. BLANCHÉ, sous le mot : « raisonnement », *Encyclopædia Universalis*, édition multimédia 2011.

(3) J.-F. RICHARD, *op. cit.*

(4) J.-Cl. ANSCOMBRE et O. DUCROT, *L'argumentation dans la langue*, 3e éd., Margada, 1997, p. 28.

(5)



003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 557 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Le raisonnement est, donc, une opération discursive[6]. Il s'agit d'un « moyen de preuve et de justification »[7].

2 — Cette fonction de preuve et de justification est remplie par un ensemble de raisonnements. Dans cet ensemble, on trouve le raisonnement *a contrario*. Il permet d'aboutir « d'une opposition des prémisses à une opposition dans les conséquences »[8]. Si le texte de loi[9] a mentionné un cas et qu'il a mentionné également la prescription applicable à ce cas, on en déduit que pour le cas opposé s'applique une prescription opposée. On a affaire à un cas mentionné et à un cas opposé non mentionné ; on a, également, affaire à une prescription mentionnée et à une prescription opposée non mentionnée ; et le raisonnement *a contrario* permet de passer de l'opposition des cas (ou encore des prémisses) à l'opposition dans les prescriptions (ou encore dans les conséquences)[10].

(6) « Le raisonnement est une opération discursive (*dis currere*, courir çà et là) et se distingue ainsi de l'intuition (*intueri*, voir), qui est la saisie immédiate et globale d'un objet de pensée ». R. BLANCHÉ, *op. cit. Cf.* C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1992, p. 10.

(7) R. BLANCHÉ, *op. cit.* Voy. aussi : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), p. 17.

(8) J.-F. RICHARD, *op. cit.* L'auteur poursuit : « … x et y sont opposés, donc xi et yi qui en découlent doivent l'être ». Sur la définition du raisonnement *a contrario*, Voy. aussi : J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 1re éd., Paris, P.U.F., 2001, p. 246 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 26e éd., Paris, P.U.F., 1999, nº 156 ; C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, nº 33 ; SMITH, BAILEY and GUNN, *On the modern english legal system*, London, Sweet and Maxwell, 2002, p. 436 ; *Muḥammad Abū Zahra, Uṣūl al-fiḳh* (en arabe), le Caire, *Dār al- fikr al-'arabī*, nº 143, p. 137 ; *Ḳawā'id uṣūl al-fiḳh 'alā madhhab al- imāmiya* (en arabe). Ouvrage collectif, Iran, *Markaz aṭibā'a wa nashr al-'ālamī li ahl l- bayt*, 1432 H, p. 194.

(9) Cette étude peut concerner aussi d'autres textes de nature juridique ; elle peut même concerner des textes de nature non juridique.

(10) Cette définition est provisoire. Les développements qui vont suivre lui apporteront quelques changements. Mais au-delà de cette question, la définition révèle que nous sommes devant la classe des sous-entendus. Celle-ci englobe « toutes les informations qui sont susceptibles d'être véhiculées par un énoncé donné, mais dont l'actualisation reste tributaire de certaines particularités du contexte énonciatif […] (Ces informations sont des) valeurs instables, fluctuantes, neutralisables, dont le décryptage implique un "calcul interprétatif" toujours plus ou moins sujet à caution, et qui ne s'actualisent vraiment que dans des circonstances déterminées, qu'il n'est d'ailleurs pas toujours aisé de déterminer. Valeurs qui sont toutefois pour nous véritablement inscrites dans l'énoncé (ce ne sont pas de purs "faits de paroles"), même si leur émergence exige l'intervention, en plus de sa compétence linguistique, des compétences encyclopédiques et / ou "rhétorico-pragmatique"

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 558 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

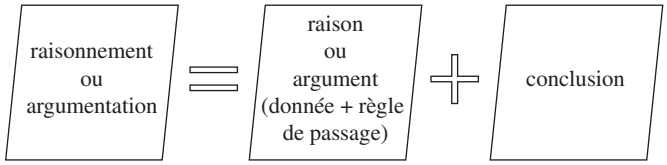
3 — Parfois on parle, non pas de raisonnement *a contrario*, mais d'argument *a contrario*. L'argument est la raison avancée à l'appui d'une conclusion (11). L'argument *a contrario* est la règle de passage considérée comme une raison permettant d'accepter la conclusion. Ainsi, lorsqu'on se place du côté de l'opération toute entière, on parle de raisonnement (12) ; mais lorsqu'on met l'accent sur un élément de l'opération, on utilise plutôt le mot argument (13).

4 — Pour souligner l'importance du raisonnement *a contrario*, il suffit de remarquer que dans les systèmes de droit, dans tous les systèmes de droit que nous connaissons aujourd'hui (14), on utilise cet argument dans l'interprétation des textes de loi. Mieux encore, on ne passe pas d'un article de loi à un autre sans être confronté le plus souvent au problème de raisonnement *a contrario*. Parfois même, on ne passe pas d'une partie d'un article à une autre sans rencontrer ce même problème. C'est dire combien l'étude de ce raisonnement est utile (15).

du sujet décodeur ». C. KERBRAT-ORECCHIONI, *L'implicite*, 2e éd., Paris, Armand Colin, 1998, p. 39 et s. Voy. aussi : O. DUCROT, *Le dire et le dit*, Paris, Les éditions de minuit, 1984, p. 13 et s. ; *'abdallah Ṣūla, al-Ḥidjādj fī al-ḳur'ān min khilāl aham khaṣā'iṣihi al-uslūbiyya* (en arabe), Tunis, *Djāmi'at Mannūba. Manshūrāt kulliyyat al-ādāb bi mannūba*, 2001, p. 306.

(11) C. PERELMAN, sous le mot : « argumentation », *Encyclopædia Universalis*, édition multimédia 2011. Voy. aussi : F. MARTINEAU, *Petit traité d'argumentation judiciaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 37.

(12)



Cf. J.-C. ANSCOMBRE et O. DUCROT, *op. cit.*, p. 11 et p. 163.

(13) *Cf.* G. KALINOWSKI, sous le mot : « juridique (logique-) », *Encyclopédie philosophique universelle* (*op. cit.*).

(14) « Law of the world can be categorised into any of the following three legal system: Latin law system, Common law system and Islamic law system ». *Hossam El-Ehwany* and *Nader Mohamed Ibrahim*, *Introduction to law*. Part 1 (The theory of law), Beirut, Al-Halabi Legal Publications, 2004, p. 26.

(15) L'étude du raisonnement *a contrario* est une étude sur un contenu implicite et donc sur un contenu subordonné. En effet, « les contenus explicites sont logiquement premiers, en ce que l'existence des contenus implicites présuppose celle des contenus explicites sur lesquels ils se greffent […] Cela dit, le problème est ici le même que celui […] du couple dénotation / connotation : la subordination logique d'un type de contenu

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 559 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

5 — Cette utilité s'explique aussi par le fait que l'étude du raisonnement *a contrario* est une étude qui s'inscrit dans la méthodologie juridique [16]. Or, à « notre époque de surréglementation […] (et) d'interpénétration d'ordres juridiques divers » [17], on ne saurait faire le métier d'interprète de lois sans une science qui garantit la validité du sens que nous donnons à ces lois. Cette science n'est autre que la méthodologie juridique.

De ce qui précède, il ressort qu'il est utile d'étudier le raisonnement *a contrario* car il est d'usage fréquent dans l'interprétation des textes de loi. Il est aussi utile d'étudier le raisonnement *a contrario* parce qu'il relève de la méthodologie juridique, c'est-à-dire de cette science qui permet — avec d'autres sciences — au raisonnement ou encore à l'interprétation des textes d'être une opération correcte, avec des résultats valides.

6 — À cela, il faut ajouter qu'il est utile que l'étude du raisonnement *a contrario* soit une étude de méthodologie comparée. À ce niveau, et dans l'état actuel des choses, nous avons : d'un côté, une science récente qui a pris naissance dans le monde du droit positif occidental contemporain (droit français, etc.) ; d'un autre côté, une science qui a été cultivée, depuis dix siècles et pour la première fois dans le monde, par les Musulmans. La première science a pris le nom de « méthodologie juridique ». La seconde, quant à elle, s'appelle « *uṣūl al-fiḳh* » [18], termes

à un autre ne va pas nécessairement de pair avec sa moindre importance dans les fonctionnements langagiers. Que les contenus implicites… pèsent *lourds* dans les énoncés, et qu'ils jouent un rôle crucial dans le fonctionnement de la machine interactionnelle, c'est certain. Quelle que soit la bizarrerie de leur statut topographique, les contenus implicites méritent donc que l'analyse s'y attarde ». C. KERBRAT-ORECCHIONI, *op. cit.*, p. 6.

(16) Sur la définition de la méthodologie juridique, voy. : J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique* (*op. cit.*), p. 18.

(17) J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique* (*op. cit.*), p. 9.

(18) « Comme le Comte Léon OSTROROG l'a si bien remarqué dans son célèbre discours *Roots of law* (Racines de la loi), fait à l'Université de Londres lors de la célébration de son centenaire, la science des *uṣūl al-fiḳh* représente une des branches de la science juridique qui a été cultivée pour la première fois dans le monde par les Musulmans, et dont il n'a de parallèle ou de contrepartie ni chez les Gréco-romains d'Occident ni chez les Orientaux de Babylonie, de Chine, d'Inde, d'Iran, d'Égypte ou d'ailleurs. Des lois, coutumières ou délibérément promulguée, existent dans la société humaine depuis toujours, au point qu'on a pu affirmer qu'*ubi societas ibi jus*, là où il y a société il y a droit […] Mais il s'agit partout, sans exception, de lois, de règles de conduite et non point de la science du droit, quelque chose d'abstrait et de théorique. La discipline des *uṣūl al-fiḳh* est la toute première tentative

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 560 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

que nous proposons de traduire ici par « méthodologie du droit musulman »[19].

7 — On peut, sans doute, se contenter d'étudier le raisonnement *a contrario* dans l'une ou dans l'autre de ces sciences, c'est-à-dire, on peut se contenter d'une étude de méthodologie[20]. Mais une étude de méthodologie comparée paraît plus fructueuse[21]. En effet,

au monde pour mettre au point une science du droit, distincte des lois détaillées pour tel ou tel comportement, une science qu'on pourrait appliquer *mutatis mutandis*, à l'étude de n'importe quel pays et de n'importe quelle époque ». M. H., « Introduction » (en français), dans : *Abū al-Ḥusayn Muḥammad Ibn 'alī Ibn Ṭayyib al-Baṣrī al-Mu'tazilī, Kitāb al-Mu'tamad fī uṣūl al-fiḳh* (en arabe), Damas, éd. critique par *Muḥammad Ḥamidullah* avec la collaboration de *Aḥmad Bakīr* et *Ḥasan Ḥanafī*, 1965, T. II, p. 7.

(19) Pour être plus précis, il faut traduire « *uṣūl al-fiḳh* » par « méthodologie de la doctrine musulmane et philosophie du droit musulman ». S'il en est ainsi, c'est parce que les ouvrages de « *uṣūl al-fiḳh* » étudient : d'une part, une matière similaire à celle que l'on rencontre dans les ouvrages de méthodologie juridique notamment sous le nom de méthodologie doctrinale ; d'autre part, une matière équivalente à celle que l'on trouve dans les ouvrages de philosophie du droit, à savoir le fondement de la règle de droit.

Toutefois, certains traduisent « *uṣūl al-fiḳh* » par : « méthodologie juridique musulmane », « méthodologie de la jurisprudence islamique », « méthodologie théorique du droit », « théorie du droit », « méthodologie logico-juridique », etc. Voy. *Abdel Magid Turki*, « Argument d'autorité, preuve rationnelle et absence de preuve dans la méthodologie juridique musulmane », *Studia Islamica*, Fasc. XLII, Paris, 1975, p. 60 ; Voy. aussi le même auteur dans la préface du livre de : *'abd al -wahhâb khallâf*, *Les fondements du droit musulman, 'ilm uṣūl al- fiḳh*, traduit de l'arabe par Claude DABBAK, *Asmaa* GODIN et *Mehrezia* LABIDI MAÏZA, Préfacé par *Abdel-Majid Turki*, Paris, éd. *Al Qalam*, 1997, p. 6 ; *Cf.* N. CALDER, sous le mot : « *Uṣūl al- fiḳh* », *Encyclopédie de l'Islam*, T. X, Leiden, Brill, 2002, p. 1005.

(20) Dans la méthodologie du droit musulman, le raisonnement *a contrario* est souvent appelé : « *al-mafhūm bi l-mukhālafa* ».

(21) Avant la présente étude, on peut voir, dans l'affirmation de certains auteurs (*M. Abū Zahra*, *op. cit.*, p. 109 ; *'a. Ḥ. Sīstānī*, *op. cit.*, p. 57) que les règles de la méthodologie du droit musulman peuvent être utilisées par les juristes qui opèrent sur des textes positifs, un appel implicite à faire de la méthodologie comparée.

Il y a eu même plus. Certains ont dit que les résultats obtenus dans la méthodologie du droit musulman peuvent profiter non seulement à tout droit mais aussi à des domaines non juridiques. Il s'agit d'une théorie générale. Cette théorie a été appliquée dans la matière juridique, mais elle peut s'appliquer en dehors du droit. Elle a été appliquée sur le droit musulman, mais elle peut s'appliquer sur les autres droits. Elle a été appliquée sur un droit s'exprimant en langue arabe, mais elle peut s'appliquer sur des droits s'exprimant en français, en anglais, etc. Voy. *Shaykh 'abd al-Hādī al-Faḍlī, Durūs fī uṣūl fiḳh al-imāmiya* (en arabe), 1re éd., *Mu'asasat Um al-Ḳurā*, 1420 H, pp. 101 et s. Voy. aussi : *Yaḥyā Ramaḍān, al-Ḳirā'a fī al-khiṭāb al-uṣūlī. al-Istrātījiyya wa al-idjrā'*(en arabe), Jordanie, *'ālam al-kitāb al-ḥadīth*, 2007, pp. 452 et s.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 561 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

confronter les analyses et les avis des auteurs de la méthodologie du droit occidental avec ceux des auteurs de la méthodologie du droit musulman, rapprocher les uns des autres, permet de mettre sous un nouveau jour le raisonnement *a contrario* (22). Toutefois certaines contraintes obligent à faire ici des délimitations : on n'utilisera pour l'essentiel que le droit français pour illustrer le droit occidental ; et le droit *sunnite* et *Shī'ite* pour représenter le droit musulman.

8 — L'étude de méthodologie juridique comparée permet aussi de vérifier — à travers le raisonnement *a contrario* — l'exactitude de l'hypothèse selon laquelle la méthodologie est en grande partie commune à tous les systèmes, qu'elle est dans une large mesure universelle et permanente (23) ; en un mot, la méthodologie comparée permet de vérifier l'exactitude de la proposition : il y a plus de méthodologie que de méthodologie comparée.

9 — L'exactitude de cette hypothèse, une fois vérifiée, ouvrira la voie à des échanges entre la méthodologie du droit occidental et la méthodologie du droit musulman. Chacune d'elles apprendra alors qu'elle a beaucoup à apprendre de l'autre. Mais, dans le discours commun, le temps n'est pas pour la coopération entre le monde occidental et le monde musulman. Cette étude dira l'inverse. Elle risque alors de ne pas être bien entendue. Pierre Bourdieu a dit que le discours commun n'est si bien entendu que parce qu'il ne dit à son public que ce qu'il veut entendre. Mais cette étude, en disant la chose inattendue, la chose déplacée dans le temps où elle est dite, refuse de prêcher des convertis (24).

10 — Ainsi, donc, il sera question de démontrer qu'il y a une grande ressemblance, en matière de raisonnement *a contrario*, entre les analyses faites par la méthodologie du droit occidental et celles qui sont faites par la méthodologie du droit musulman. Ce raisonnement *a contrario*, avons-nous dit, conclut d'une opposition des cas à une opposition dans les prescriptions. On verra donc dans un premier

(22) C'est en rassemblant, sous une seule vue, les deux analyses qu'on arrive à comprendre davantage le raisonnement *a contrario*. Cela veut dire que la méthodologie comparée vient après la méthodologie. Il faut commencer par celle-ci pour pouvoir arriver à celle-là. *Cf. Muḥammad Taḳī al-Ḥakīm, al-Uṣūl al-'āmma* (en arabe), *Qom, al-Mujamma' al-'ālamī li ahl l- bayt*, 1418H, p. 42.

(23) *Cf.* J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique* (*op. cit.*), p. 31.

(24) P. Bourdieu, *Questions de sociologie*, Tunis, Cérès éd., 1993, p. 9.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 562 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

temps l'opposition des cas (Section I) et dans un second temps l'opposition des prescriptions (Section II).

SECTION I. — L'OPPOSITION DES CAS

11 — Le raisonnement *a contrario* met en présence deux cas : un cas mentionné par le texte (§ 1) et un cas qui lui est opposé et qui n'est pas mentionné (§ 2).

§ 1. — *Le cas mentionné*

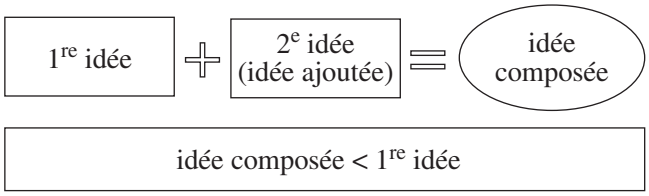
12 — La caractéristique essentielle du cas mentionné consiste dans le fait qu'il renferme une détermination. La notion de détermination, visée ici, « correspond à la théorie des idées développées dans la grammaire et la logique de Port-Royal. Soient deux idées a et b (par exemple « homme » et « pieux ») ; l'opération de détermination consiste à les ajouter, de façon à obtenir une idée composée (a + b = « homme pieux ») qui a […] moins d'extension que la première »[25].

(25) S. AUROUX, sous le mot : « détermination (log, ling) », *Encyclopédie philosophique universelle*, *op. cit.*

Pour plus de détails Voy. A. ARNOLD et P. NICOLE, *La Logique ou l'art de penser* (ouvrage paru en 1662 et connu sous le nom de Logique de Port-Royal). Notes et postface de Charles JOURDAIN, Paris, Collection Tel, Éditions Gallimard, 1992, p. 58 et s. : « Ce qu'il y a de plus remarquable dans ces termes complexes, est que l'addition que l'on fait à un terme est de deux sortes : l'une qu'on peut appeler *explication*, l'autre *détermination*. Cette addition peut s'appeler seulement *explication* quand elle ne fait que développer, ou ce qui était enfermé dans la compréhension de l'idée du premier terme, ou du moins ce qui lui convient comme un de ses accidents, pourvu qu'il lui convienne généralement et dans toute son étendue ; comme si je dis : *l'homme, qui est un animal doué de raison, ou l'homme qui désire naturellement d'être heureux* […] *L'autre* sorte d'addition, qu'on peut appeler *détermination*, est quand ce qu'on ajoute à un mot général en restreint la signification, et fait qu'il ne se prend plus pour ce mot général dans toute son étendue ; comme si je dis […] *les hommes savants, un animal raisonnable*. Ces additions ne sont point de simples *explications*, mais des *déterminations*, parce qu'elles restreignent l'étendue du premier terme, en faisant que […] le mot d'homme (ne signifie plus) qu'une partie des hommes, le mot d'animal, qu'une partie des animaux ».

Ce qui vient d'être dit dans la *Logique de Port-Royal* peut se rencontrer chez les auteurs de la méthodologie du droit musulman. Ceux-ci notent que chaque fois que l'on rajoute une qualité, on réduit par cela même le nombre des individus (etc.) auxquels on peut prédiquer l'ensemble des qualités. [*Shawkānī, Irshād al-fuḥūl* (en arabe), 1re éd., Beyrouth, *Dār al-fikr*, 1992, p. 261 ; *Zarkashī, al-Baḥr al-muḥīṭ fī uṣūl al-fiḳh*

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 563 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16



Mais en quoi consiste la deuxième idée que l'on ajoute ? Il faut, peut-être, commencer par chercher des exemples dans le droit français. Mais, puisque la méthodologie du droit musulman a dressé une liste de la deuxième idée, on va débuter par celle-ci. Une fois ce travail achevé, on cherchera l'équivalent de la liste surtout en droit français.

(en arabe), 1re éd., Beyrouth, *Dār al-kutub al 'ilmiya*, 2000, T. II, p. 478]. Un auteur, *Sayyid 'alī Ḥusaynī Sīstānī* (*Arrāfid fī 'ilm al-uṣūl* [en arabe], par *Sayyid Mounīr Sayyid 'adnān al-Ḳatīfī*, 1re éd., Qom, *Maktab Āyatollāh al-'uẓmā Sayyid Sīstānī*, 1414 H, pp. 328 et s.), fait la distinction entre la qualité qui a pour fonction d'expliquer et de prédiquer (*tawṣīf ikhbārī ; tawḍīḥī*) et la qualité qui a pour fonction de limiter, de rendre étroit (*tawṣīf taḳyīdī ; taḍyīḳī*). Voy. aussi sur la même distinction : *Muḥammad Shāwush, Uṣūl taḥlīl al-khiṭāb fī naẓariyya naḥwiyya al 'arabiyya* (en arabe), 1re éd, Tunis, Université de *Mannūba*. Faculté des lettres/ *Al-Mu'assasat al-'arabiya li tawzī'*, 2001, T. II, p. 1048.

D'ailleurs, on peut faire la même observation relative à la détermination, lorsqu'on rajoute non pas une qualité mais une condition. Voy. *Abū Ya'ḳūb Yūssuf Ibn Ibrāhīm al-Wārdjilānī, Kitāb al-'adl wa al-inṣāf fī uṣūl al-fiḳh wa al- ikhtilāf* (en arabe), éd. critique par *Amrū Khalīfa*, p. 169.

Notons, pour terminer ces remarques, que la détermination permet d'obtenir une idée composée qui non seulement a moins d'extension que la première idée mais qui a aussi (à certaines exceptions près) plus de compréhension (S. AUROUX, sous le mot : « détermination », *op. cit.*). En effet, « les hommes pieux » sont moins nombreux que « les hommes » (Le mot « pieux » a réduit l'étendue du mot « hommes ». Autrement dit, l'expression « hommes pieux » dénote moins que l'expression « hommes »). Mais « les hommes pieux » ont plus d'attributs que « les hommes » (Le mot « pieux » a augmenté la signification expressive du mot « hommes ». Autrement dit, l'expression « hommes pieux » connote plus, car, à la connotation de l'expression « hommes », elle ajoute les attributs connotés par l'expression « pieux »). Voy. A. BAIN, *Logique déductive et inductive*. Traduit de l'anglais par G. COMPAYRE, Tome premier : Déduction, Librairie Germer-Baillière, Paris, 1875, pp. 75 et 77 ; *Muḥammad Muḥammad Yūnis 'alī, al-Ma'nā wa ẓilāl al-ma'nā. Anẓimat dalāla fī al-'arabiyya* (en arabe), 2e éd., *Dār al-madār al-islāmī*, 2007, p. 375 (sur ce point, l'auteur cite : J. LYON, *Introduction to theoretical linguistics*, Cambridge University Press, London & New York, 1977, pp. 460 et s.).

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 564 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

13 — La liste comprend la *qualité* (*al-waṣf*). On parle dans ce cas de « détermination par la spécification »[26] et on donne l'exemple de la règle juridique suivante : le retrait peut être fait sur *toute chose* [*1re idée*] *non partagée* [*Idée ajoutée*] (Ex. 1/1)[27].

Ici, on avait une première idée (toute chose) ; on lui a ajouté une autre idée (non partagée) ; et on a obtenu une idée composée (toute chose non partagée) qui a moins d'extension que la première idée[28].

14 — Dans cet exemple, l'idée ajoutée est appelée par les « *uṣūlī* » (ou auteurs de la méthodologie du droit musulman) : qualité. Mais l'idée ajoutée peut consister en une *condition* (*Sharṭ*)[29]. Les auteurs

(26) *'abd al-wahhâb khallâf*, *op. cit.*, p. 224. Voy. aussi : *Muḥammad al-Mukhtār wild Abāh, Madkhal ilā uṣūl al- fiḳh al-mālikī* (en arabe), 2e éd., Rabat, *Dār al-amān*, 2003, p. 52 ; S. DE SACY, *Grammaire arabe*, Paris, Imprimerie Royale, 1829, T. I, nos 731 et s. : « L'adjectif est destiné à ajouter, au nom qui désigne un être par l'idée de sa nature, une qualité qui est commune à des êtres de différentes natures : il ne désigne donc par lui-même aucun être, et par conséquent, pour qu'il désigne un être quelconque, il faut qu'il soit joint à un nom. Néanmoins on l'emploie souvent sans exprimer le nom, parce que ce nom est suffisamment indiqué par la suite du discours, ou par des circonstances également connues de celui qui parle et de celui qui entend. C'est sans doute cette raison qui a fait si souvent confondre l'adjectif avec le nom. Les arabes, considérant tous les adjectifs comme des noms, n'ont point fait de l'adjectif une partie du discours distincte du nom. Cela est d'autant moins étonnant, que l'adjectif est souvent employé avec ellipse du nom auquel il devrait être joint […] Les arabes nomment l'adjectif صفة qualification ou نعت épithète, en l'envisageant dans sa relation avec le nom susceptible de recevoir les qualifications, et qu'ils appellent, sous ce point de vue, موصوف ou منعوت qualifié ».

(27) « D'après *Jābir*, le Prophète a ordonné le retrait (*Shufu'a*) sur *toute chose non partagée* ». *Wahba Zuḥaylī, Uṣūl al-fiḳh al-islamī* (en arabe), 2e éd., Beyrouth, *Dār al-fikr al-mu'aṣir, Damas, Dār al-fikr*, 2004, T. I, p. 363.

(28) On trouve, dans les ouvrages de méthodologie juridique du droit musulman, d'autres exemples :

Ex. 1/2 : Le « *ḥadīth* » (« Les paroles du prophète […] portent le nom de « *ḥadīth* ». *'a. khallâf*, *op. cit.*, p. 53.) du Prophète *Muḥammad* : « On doit payer la "*zakāt*" (C'est une aumône que le musulman doit payer chaque année : aux pauvres, à ceux qui sont lourdement endettés, aux voyageurs en détresse, etc.) sur les biens suivant un taux déterminé.) sur les brebis [*1re idée*] élevées dans les pâturages [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 1/3 : Le « *ḥadīth* » du Prophète : « Celui qui vend *un Palmier* [*1re idée*], *dont il a fait la pollinisation* [*Idée ajoutée*], a le droit de récupérer les fruits qu'il donnera ». *'a. khallâf*, *op. cit.*, p. 225.

(29) Voy. S. DE SACY, *op. cit.*, T. II, nos 937 et s. : « Ce que l'on nomme discours ou phrase […] est une agrégation de deux mots au moins, dont la réunion énonce un attribut comme appartenant à un sujet. Ce rapport entre l'attribut et le sujet est nommé

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 565 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

en citent l'exemple du verset coranique qui énonce les droits des femmes divorcées : « *Si elles sont enceintes* [*Idée ajoutée*], *les époux pourvoient à leur subsistance* [*1re idée*] jusqu'à l'accouchement » (Ex. 2/1) (30).

Ici, on est parti d'une première idée (les hommes pourvoient à la subsistance de leurs ex-femmes) ; on lui a ajouté une autre (enceintes) ; et on a obtenu une idée composée (les époux pourvoient… de leurs ex-femmes enceintes) ; cette idée composée a moins d'extension que la première idée (31).

15 — On peut multiplier les exemples dans lesquels l'idée ajoutée est une condition. Mais l'idée ajoutée peut être aussi un « *terme* »

إسناد, ce que l'on peut rendre par attribution. Le mot qui exprime l'attribut est nommé مُسنَد, c'est-à-dire, attribué. Celui qui exprime le sujet se nomme إليه مُسند, c'est-à-dire, celui auquel on donne un attribut […] la phrase est simple ou composée […] La phrase composée est, 1° celle qui contient deux propositions qui dépendent tellement l'une de l'autre, que le sens de la première resterait suspendu et incomplet, si l'on n'ajoutait pas la seconde. Exemple […] S'il me frappait, je le frapperais […] ». Voy. aussi : G. LECOMPTE, *Grammaire de l'arabe*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1980, p. 123 ; *Nāṣir Ibn Muḥammad Ibn Nāṣir Krīrī, Uslūb al-sharṭ bayna al-naḥwiyyīna wa al-uṣūliyyūn* (en arabe), Arabie Saoudite, *Djāmi'at al-Imām Muḥammad Ibn Sa'ūd al-islāmiyya*, 2004, pp. 35 et s. ; *Fātima al-Ḥamyanī, Ḥurūf al-ma'ānī bayna al-manāṭiḳa wa al-nuḥāt* (en arabe), *Manshūrāt Kulliyat al-ādāb wa al-'ulūm al-insāniyya bi al-Ribāt*, 2006, pp. 257 et s.

(30) Traduction du Coran, S. 65/V. 6.

Voy. sur l'exemple : *'a. khallâf*, *op. cit.*, p. 226 ; *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (en arabe), 1re éd., Beyrouth, *Dār al- kutub al-'ilmiya*, 1413 H., p. 271 ; *al-Āmidī, al-Iḥkām* (en arabe), 1re éd., Beyrouth, *Dār al-kitāb al-'arabī*, 1404 H., T. II, 1re partie, p. 78 ; *Shaykh Ṭūsī, al-'udda*, (en arabe), *Qom*-Iran, *Matba'at stara*, 1417 H., T. II, p. 469.

Notons que la proposition conditionnelle peut prendre quatre formes (A. BAIN, *op. cit.*, pp. 172 et s.) :

Si A est B, C est D (l'exemple cité dans le corps du texte relève de cette première forme).

Si A n'est pas B, C est D.

Si A est B, C n'est pas D.

Si A n'est pas B, C n'est pas D.

(31) Ex. 2/2 : Le « *ḥadīth* » : *Si un homme honorable vous visite* [*Idée ajoutée*], *il faut l'honorer* [*1re idée*]. *al-Āmidī*, *op. cit.*, T. II, 1re partie, p. 78.

Ex. 2/3 : « Le verset qui définit les droits du mari sur les biens […] (qu'il doit offrir) à son épouse comme dot : "*Si elles vous en cèdent gracieusement une part* [*Idée ajoutée*], *vous pouvez en jouir en toute quiétude* [*1re idée*]" (Traduction du Coran, S. 4/V. 4) ». Voy. l'exemple dans : *'a. khallâf*, *op. cit.*, p. 226.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 566 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

(*ghāya* = limite, bout, fin)[32]. On illustre ce cas par l'exemple de l'homme qui divorce trois fois de sa femme. Il ne peut, selon le droit musulman, se remarier avec elle que si celle-ci se remarie avec un autre homme, puis se sépare de cet autre homme par le divorce : « S'il divorce d'avec elle, *elle lui deviendra interdite* [*1re idée*] *tant qu'elle n'aura pas été mariée avec un autre* [*Idée ajoutée*] » (Ex. 3/1)[33].

16 — À côté du terme, l'idée ajoutée peut être une *quantité* (*'adad*). On enseigne ce cas à travers la règle de droit musulman qui dit : « En cas de lésion, l'action est prescrite par *une* [*Idée ajoutée*] *année* [*1re idée*] » (Ex. 4/1)[34]. Dans ce cas, l'idée ajoutée est une quantité, c'est-à-dire une « *propriété de ce qui est mesurable* »[35]. La notion de propriété fait rappeler celle de qualité[36]. Ainsi, donc, l'idée ajoutée nommée quantité rejoint l'idée ajoutée nommée qualité.

17 — De cette dernière idée, on peut rapprocher l'idée ajoutée appelée par les auteurs de méthodologie : le *nom* (*al-laḳab*). On peut en citer l'exemple de la règle de droit qui dit que le musulman doit payer l'aumône sur ses récoltes de *blé* [*Idée ajoutée*] (Ex. 5/1)[37].

(32) Averroès parle de détermination par la « qualité finale » صفة غائيّة et il dit que cette détermination se fait par : حتّـى / إلـى (= jusqu'à, etc). Averroès, *Talkhīṣ al-mustaṣfā ou ḍarūrī fī uṣūl al-fiḳh* (en arabe), Texte établi et annoté par *Djamaliddīn 'alawī*, Beyrouth, *Dār al-Gharb al-Islāmī*, 1994, p. 119.

(33) Traduction du Coran, S. 2/ V. 230.

Voy. l'exemple dans : *'a. khallâf*, *op. cit.*, p. 225.

Ex. 3/2. Il concerne le point de commencement du jeûne pendant le mois de Ramadan : « Manger et buvez à discrétion [*1re idée*] jusqu'à ce que vous distinguiez, dans l'aube naissante, un fil noir d'un fil blanc [*Idée ajoutée*] » (Traduction du Coran, S. 2/ V. 178). *'a. khallâf*, *op. cit.*, p. 225).

(34) *Ibn 'āṣim, Matn al-'āṣimiya* (en arabe), Egypt, éd. *Aḥmed Ḥanafī*, p. 61.

Ex. 4/2 : « Ceux des votres que la mort frappe et qui laissent des épouses : celles-ci doivent observer une *période d'attente* [*1re idée*] de *quatre mois et dix jours* [*Idée ajoutée*] » (Traduction du Coran, S. 2/ V. 234).

Ex. 4/3 : « […] quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez-la en écrit […] Faites-en témoigner par *deux* [*Idée ajoutée*] *témoins* [*1re idée*] » (Traduction du Coran, S. 2 / V. 282).

Ex. 4/4 : Il est préférable de jeûner *trois jours* [*Idée ajoutée*] de *chaque mois* [*1re idée*].

(35) P. Caspart, mot : « quantité », *Encyclopédie philosophique universelle*, *op. cit.*

(36) « Propriété… Qualité propre, caractère… ». Petit Robert 1.

(37) « Vous devez payer l'aumône sur vos récoltes de *blé* [*Idée ajoutée*] » (*Ḥadīth*). Voy. cet exemple dans : *'a. khallâf*, *op. cit.*, p. 227.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 567 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Pour pouvoir parler dans ce cas d'idée ajoutée et de détermination, il faut se rappeler que « *blé* » sert à désigner une chose ; c'est cette chose qui constitue la première idée ; « *blé* » vient s'ajouter à cette idée ; et le produit de cette addition est une idée composée (la chose nommée *blé* ou tout simplement *le blé*) ; cette idée composée a moins d'extension que la première idée (chose).

Il est à noter que le nom peut être un nom propre (*Muḥammad* — Jésus — Moïse — Dante — etc.), un nom commun (mère — oncle — lion — fleuve — etc.), ou encore une description définie (le messager de Dieu — l'auteur de la divine comédie — etc.). Il peut être simple, comme il peut être composé (sourd-muet)[38].

Le nom est, donc, tout ce qui désigne une personne, un animal ou une chose. Une fois la personne, l'animal ou la chose sont nommés, ce qui s'ajoute au nom, servant lui aussi à désigner, s'appelle chez les auteurs de méthodologie « qualité ». Ainsi, dans cet exemple : « *Muḥammad*, Jésus et Moïse, messagers de Dieu, étaient pauvres », « messagers de Dieu » est une qualité. Mais dans l'exemple : « Les messagers de Dieu étaient pauvres », « les messagers de Dieu » est un nom[39].

Ex. 5/2 : « *Muḥammad* [*Idée ajoutée*] est le Messager de Dieu » (Traduction du Coran, S. 48/ V. 29). Voy. cet exemple dans : *'a. khallâf*, *op. cit.*, p. 227.

Ex. 5/3 : « Vous sont interdites vos *mères* [*Idée ajoutée*] » (Traduction du Coran, S. 4/ V. 23). Voy. cet exemple dans : *'a khallâf*, *op. cit.*, p. 227.

(38) *Cf.* GREVISSE, *Le bon usage*, 10e éd., Belgique, éd. J. DUCLOT, S.A. GEMBLOUX, p. 187 ; *'abd al-Ḥamīd 'abd al-Wāḥid, al-Kalima fī al-lisāniyyāt al-ḥadītha* (en arabe), Sfax-Tunis, *Maktabat* Carthage, 2007, p. 169.

(39) Voy. S. DE SACY, *op. cit.*, nos 591 et s. : (Dans la grammaire générale) « Le nom est un mot qui désigne un être par l'idée de sa nature. Il rappelle à l'esprit l'idée de l'être auquel s'applique, aussi parfaitement que le ferait la vue même de cet être. On distingue les noms en noms propres, noms appellatifs et noms abstraits ». nos 594 et s. (Dans la grammaire arabe) « Les grammairiens arabes, qui réunissent toutes les parties du discours sous trois divisions générales, les verbes, les noms et les particules, renferment sous le nom les adjectifs, les pronoms personnels, les articles démonstratifs, les adjectifs conjonctifs, et même quelques adverbes […] Ils (les noms) se divisent en صفة qualité, c'est-à-dire, qualificatif ou adjectif, et اسم nom, ou اسم مقابل للصفة nom opposé à l'adjectif, ou enfin,موصوف qualifié, c'est-à-dire, substantif ».

Il parait utile d'ajouter ici un passage de la *Logique de Port-Royal* (*op. cit.*, p. 96) où il est dit : « Il y a des noms qui passent pour substantifs en grammaire, qui sont de véritables adjectifs, comme roi, philosophe, médecin, puisqu'ils marquent une manière d'être ou mode dans un sujet. Mais la raison pourquoi ils passent pour substantif, c'est que, comme ils ne conviennent qu'à un seul sujet, on sous-entend toujours cet unique sujet sans qu'il soit besoin de l'exprimer ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 568 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

18 — À côté du nom et de la qualité, il y a ce que les auteurs appellent la restriction (*al- ḥaṣr*). Celle-ci comprend certains cas dont le plus important est *l'exception* (40). Comme exemple de restriction par l'exception, on donne la règle suivante : « Le mariage (il faut préciser : certains mariages) n'est formé que par le consentement du tuteur » (41). Autrement dit : *Point de mariage* [*1re idée*] *à part le mariage avec consentement du tuteur* [*Idée ajoutée*] (Ex. 6/1) (42).

(40) « On appelle مستثنى chose exceptée, un terme circonstanciel qui fait exception d'une partie, sur une masse précédemment exprimée. Cette masse se nomme منه المستثنى ce dont on soustrait une partie par l'exception ». S. DE SACY, *op. cit.*, T. II, p. 525. Les « subordonnées exceptives […] viennent en fin de phrase, comme le terme "excepté" en phrase simple introduit par sauf ; avec une principale négative, le français peut le rendre par ne… que ». R. BLACHÈRE et M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *Grammaire de l'arabe classique*, 3e éd., Paris, Maisonneuve et Larose, 1975, p. 445. « من دون- دون- سوى à l'exclusion de, en dehors de, sauf… خلا - عدا excepté, sauf… خلا et عدا combinés avec ما… ce qui excepte Un Tel, Telle chose…toute chose excepté Allah est vaine ». *Ibidem*, p. 405. Voy. aussi : *Ṣalāḥ Ibn 'awaḍ Ibn 'abd Allāh Mrībash, al-Istithnā' fī al-ḳur'ān al-karīm* (en arabe), Jordanie, *'ālam al-kutub al-ḥadīth*, 2006, pp. 22 et s.

(41) (*Ḥadīth*). Voy. sur cet exemple : *Shawkānī*, *op. cit.*, p. 256.

(42) Ex. 6/2 : « *Point de divinité* [*1re idée*] *à part Allah* [*Idée ajoutée*] » (Traduction du Coran, S. 35/ V. 35).

Pour séparer l'exception des autres types d'idées ajoutées, les auteurs de la méthodologie du droit musulman disent :

— Que l'exception est ce qui n'est ni qualité, ni condition, ni terme (*Shawkānī*, *op. cit.*, p. 252 ; *'alī al-Ba'lī, 'alī al-Ba'lī, al-Mukhtaṣar fī uṣūl al-fiḳh* (en arabe), La Mecque, *Jāmi'at al-malik 'abd al-'azīz*, p. 117 ; *al-Āmidī*, *op. cit.*, T. I, 2e partie, pp. 308 et s.).

Ils ajoutent :

— Que l'exception est le fait de soustraire de la phrase une partie par le terme : « *illā* » (= à part, sauf, etc.) ou par un terme équivalent.

— Que la qualité, ajoutée à un terme général, réduit le sens de ce terme de sorte qu'on ne l'entend plus dans toute son étendue. C'est là où réside la différence entre la qualité et l'exception. Dans celle-ci, ce qui a été soustrait (ou exclu) faisait partie de ce de quoi on l'a soustrait (ou exclu). Dans la qualité (Ex. 1/1 : chose non partagée), ce qui a été exclu (chose partagée) ne faisait pas partie du terme qui a opéré la réduction, à savoir la qualité. Ainsi, la qualité non mentionnée n'a jamais pu appartenir à la qualité mentionnée.

— Que dans la condition, ce qui a été exclu (Ex. 2/1 : les divorcées qui ne sont pas enceintes) ne faisait pas partie du terme ayant opéré la limitation à savoir la condition (les divorcées enceintes). C'est dire que le cas non mentionné ne s'est jamais confondu avec le cas mentionné (*Shawkānī*, *op. cit.*, p. 252 ; *al-Āmidī*, *op. cit.*, T. I, 2e partie, p. 309.).

Les auteurs disent aussi que la qualité est ce qui n'est ni condition ni terme (*Shawkānī*, *op. cit.*, p. 306).

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 569 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

19 — Ici l'idée ajoutée est analysée comme une exception. Mais l'exception n'est pas le seul cas de restriction. La liste en comprend d'autres.

Il en est de même de la liste des idées ajoutées citées jusqu'ici. L'énumération (qualité — condition — terme — etc.) n'est pas limitative.

Toutefois, la liste citée comprend les cas les plus fréquents dans la pratique. Ces cas peuvent être rencontrés dans plusieurs systèmes de droit[43].

Ils définissent la condition comme étant ce sans quoi une chose n'existe pas (*Shawkānī*, *op. cit.*, p. 260). Cette définition pose problème lorsqu'on se rappelle que ces mêmes auteurs rangent la détermination par la cause (l'idée ajoutée est une cause) parmi les exemples de la détermination par la qualité (l'idée ajoutée est une qualité) :

Ex. 1/4 : Le vin [*1re idée*] est interdit *parce qu*'il fait perdre la raison [*Idée ajoutée*].

On dit que la condition aide la cause, mais elle ne produit pas l'effet (*Shawkānī*, *op. cit.*, p. 260.) et donc elle n'est pas cause. On peut expliciter cela en consultant G. Aimeras. Celui-ci dit : « Si par cause on entend ce par quoi est produit l'effet, les conditions, seront l'ensemble des circonstances propices à la production de l'effet par la cause. Si les conditions peuvent être distinguées de la ou des causes, on ne saurait toutefois strictement les opposer. Pour J. S. MILL (Logique, III, chap. V, § 3), il s'agit moins d'ailleurs d'une distinction de fait que de point de vue. Selon l'angle de vue, telle ou telle circonstance sera mise en cause et les autres phénomènes ayant concouru à l'effet total seront appelés condition […] logiquement, on […] déduit que la cause d'un fait est l'ensemble de ses conditions (E. GOBLOT). Ce qui ne respecte pas la détermination analytique classique de la vraie cause par la distinction de la condition nécessaire et suffisante. Nécessaire par rapport à une solution déterminée si elle en est la conséquence logique et ne peut être remplacée par aucune autre hypothèse ; suffisante si elle entraîne nécessairement » (mot : « condition. Philo. Géné. », *Encyclopédie Philosophique Universelle*, *op. cit. Cf.* P. LAPIE, *Logique de la volonté*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Félix Alcan, Paris, 1902, p. 93 : « Toute condition n'est pas la cause : la cause, c'est la condition suffisante »).

Ainsi, la condition se distingue de la cause (nécessaire et suffisante). Et les « *uṣūlī* » rangent, comme il a été dit plus haut, la cause dans la qualité la distinguant ainsi de la condition.

Il reste à dire que la distinction entre terme et exception paraît plus aisée à faire. Quant à la distinction entre d'une part le terme et d'autre part la qualité et la condition, on a déjà relevé qu'Averroès traitait le terme comme une détermination par la « qualité finale » (*Talkhīṣ al-mustaṣfā ou ḍarūrī fī uṣūl al-fiḳh* (*op. cit.*), p. 119). Ceci laisse penser que le terme est assimilé à la condition.

(43) En faisant un travail de méthodologie juridique, on fait par cela même un travail de grammaire (d'ailleurs, les auteurs de la méthodologie du droit musulman ont exploité « les études linguistiques faites par des linguistes comme *Khalīl, Sībawayh, Abū 'alī al-Fārisī, Ibn Fāris* ». *Muḥammad al-Mukhtār wild Abāh, Madkhal ilā uṣūl al- fiḳh al-mālikī*

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 570 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

20 — Mais, pour dresser une liste à partir du droit français (que l'on a choisi pour illustrer le droit occidental), il faut partir de la

(en arabe), 2e éd., Rabat, *Dār al-amān*, 2003, p. 24. *Cf.* : *Djamāl-ddīn 'aṭiyya, al-Tanẓīr al-fiḳhī* (en arabe), pp. 109 et s. ; *al-Asnawī ; al-kawkab al-dūrrī fīmā yatakharradju 'alā al-uṣūl naḥwiyya mina al-furū' al-fiḳhiyya* (en arabe), 1re éd., Jordanie, *Dār 'ammār*, 1405 H ; *Shahīd thānī, Tamhīd al-ḳawā'id* (en arabe), *Qom*, *Maktab al-i'lām al-islāmī*, 1416 H.).

Et en faisant un travail de méthodologie juridique comparée, on fait par cela même un travail de grammaire comparée et donc de grammaire générale ou universelle (de nos jours, on parle plutôt de linguistique comparée). En effet, « la grammaire d'une langue est l'ensemble des règles suivies dans cette langue pour l'expression des sentiments et des idées. Lorsque l'on compare les grammaires particulières de plusieurs langues l'une avec l'autre, on s'aperçoit qu'elles présentent un certain nombre de procédés communs ; par exemple, elles ont toutes des mots qu'on appelle verbes, et qui marquent l'action faite par un sujet, ou l'état de ce sujet ; des mots qu'on appelle noms ; et qui expriment l'idée d'une personne ou d'une chose, etc. Ces procédés communs composent la grammaire générale des langues que l'on a comparé ». E. EGGER, *Notions élémentaires de grammaire comparée*, 6e éd., Paris, Lib Auguste Durand, 1865, p. 1.

Dans le présent travail, on propose de rapprocher la méthodologie du droit musulman de la méthodologie du droit français (etc.). Il en découle qu'on propose de rapprocher la langue arabe de la langue française, etc. Ce rapprochement doit se faire à propos des choses communes à ces langues. On essayera de ne pas commettre l'erreur qui consiste à généraliser ce qui est particulier. Autrement dit, on s'efforcera de travailler sur les procédés qui sont vraiment des procédés communs (la détermination par le nom, etc.).

Voy. sur la grammaire comparée (en général) : BEAUZÉE, *Grammaire générale, ou exposition raisonnée des éléments nécessaires du langage, pour servir de fondement à l'étude de toutes les langues*, Paris, Imp d'Aguste DELALIN, 1819 ; S. DE SACY, *Principes de grammaire générale*, Paris, A. A. LOTTIN, 1799 (dans l'avertissement [p. 1], l'auteur cite, dans cette matière de grammaire générale, la grammaire générale et raisonnée de Port-Royal, la grammaire générale de Beauzée et l'histoire naturelle de la parole et de la grammaire universelle de Court de Gébelin).

Voy. sur la grammaire comparée de certaines langues : E. EGGER, *op. cit.* (il s'agit des langues grecque, latines et française) ; L. DE BAECLER, *Grammaire comparée des langues de la France, Flamand, Allemand, Celto-Breton, Basque, Provençale, Espagnol, Italien, Français comparé au sanscrit*, Paris, Lib. Ch. BLÉRIOTI, 1860 ; M. MEYER-LÜBHE, *Grammaire des langues romanes*, éd. Maçon, 1889-1906.

Voy. aussi les livres sur la grammaire arabe et qui sont d'une certaine manière des livres de grammaire comparée : S. DE SACY, *Grammaire arabe*, Paris, Imprimerie Royale, 1829 ; G. LECOMPTE, *Grammaire de l'arabe*, Paris, P.U.F., 1980 ; R. BLACHÈRE et M. GAUDEFROY-DEMOMBYNES, *Grammaire de l'arabe classique*, 3e éd., Paris, Maisonneuve et Larose, 1975.

Voy. enfin les ouvrages de linguistique. Ex. : G.C. LEPSCHY, *La linguistique structurale*, Paris, pbp, pp. 17 et s. ; R. JAKOBSON, *Essais de linguistique générale. Les fondations du langage*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1963, pp. 68 et s. ; E. SAPIR, *Le langage*, Paris, pbp, p. 26.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 571 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

définition de la restriction. Celle-ci « désigne la réduction de la valeur référentielle d'un terme à une partie de son extension prépositionnelle […] Cette réduction peut s'opérer de différentes manières : par un *adjectif* ("homme blanc") […] par une *subordonnée* ou "implicative" ("l'homme qui est blanc court") ou par un *participe* »[44].

21 — *L'adjectif*[45] « sert à préciser une qualité, une caractéristique d'un être animé ou d'une chose inanimée »[46]. Ainsi, on a une première

On doit terminer cette liste bibliographique par un ouvrage renfermant les dernières recherches sur cette question : N. DELBECQUE (éd.), *Linguistique cognitive. Comprendre comment fonctionne le langage* (ouvrage collectif), Bruxelles, éd. Duculot, 2002). Dans ce livre, il est dit que « les recherches sur la relation entre langue, culture et pensée ont longtemps souffert d'un manque de rigueur méthodologique. Si l'étude comparée des langues et des cultures n'est pas chose aisée, la mise en regard des convergences et des divergences entre leurs systèmes conceptuels l'est moins » (p. 167). Dans ce même livre on donne l'exemple d'une langue qui connaṣt le verbe et non pas le nom (p. 164). C'est dire que les conceptions grammaticales peuvent varier. Ce qui confirme les idées de la théorie de la relativité linguistique. En effet, pour cette théorie, « le rapport que l'on entretient avec le monde serait modulé par la langue et la culture… À ses antipodes, l'on trouve la théorie de l'universalisme qui postule que, l'esprit humain étant inné, la pensée humaine est foncièrement la même, et ce quelles que soient la langue et la culture […] Poussant ce raisonnement jusqu'au bout, on ne verra pas seulement dans les nombreuses langues du monde le reflet des mêmes catégories conceptuelles, mais on ira jusqu'à dire que la conceptualisation linguistique ne peut qu'être identique d'une langue à l'autre. Irréconciliables dans leurs positions extrêmes, les deux points de vue recèlent cependant une part de vérité. C'est pourquoi la solution que nous prônons dans ce chapitre consiste à chercher une voie intermédiaire : si la plupart des catégories conceptuelles paraissent effectivement inscrites dans une langue et culture spécifique, il y a néanmoins un petit nombre de catégories conceptuelles qui se retrouvent dans toutes les langues et dans toutes les cultures », pp. 161 et s. (il s'agit des primitifs sémantiques universels) (voy. aussi les pages : 8, 163, 164, 169, 170, 175, 182, 183, 184, 298, 303 et s.).

Dans la présente étude, et sans adopter l'une des deux thèses extrêmes précitées, nous pensons que le phénomène de détermination est un point de rencontre entre la langue arabe et la langue française (etc.). Il s'agit d'une structure linguistique commune à ces langues. Ceci rendra légitime les propositions d'échange et de transposition que l'on formulera plus tard. Ces propositions n'aboutiront donc pas à imposer des distorsions aux langues étudiées. Elles éviteront (elles s'efforceront d'éviter) l'écueil de l'ethnocentrisme (*cf. ibidem*, p. 169. Voy. aussi un auteur qui relève que les grammairiens arabes distinguaient entre les règles qui ne concernent que la langue arabe et les règles communes à toutes les langues : *Muḥammad Shāwush*, *op. cit.*, T. II, p. 1284).

(44) A. DE LIBERA, mot : « *Restrictio* (restriction) (lat.-méd.) », *Encyclopédie philosophique universelle* (*op. cit.*).

(45) Il s'agit de l'adjectif qualificatif et non pas de l'adjectif non qualificatif (possessif, démonstratif, etc.). *Bescherelle 3. La grammaire*, Paris, Hatier, 1990, p. 178.

(46) *Bescherelle 3*, *op. cit.*, p. 14 ; Voy. aussi : GREVISSE, *op. cit.*, pp. 309 et s.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 572 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

idée (l'être ou la chose) ; l'adjectif constitue l'idée ajoutée (47) ; et le produit sera une idée composée (l'être ou la chose + l'adjectif), qui a moins d'extension que la première idée. Citons l'exemple de l'art. 16-1. al 3 du Code civil français : « Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'*un droit* [*1re idée*] *patrimonial* [*Idée ajoutée*] » (Ex. 1bis/1) (48).

À côté de l'adjectif, la restriction peut se faire par *une proposition subordonnée* (49). On se contentera pour le moment de certains types de ces propositions, et on en donnera l'exemple de l'art. 6 du Code civil français : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux *lois* [*1re idée*] *qui intéressent l'ordre public* [*Idée ajoutée*] » (Ex. 1bis/4) (50).

(47) Voy. GREVISSE, *op. cit.*, p. 309 : « l'adjectif est un mot que l'on joint au nom pour exprimer une *qualité* de l'être ou de l'objet nommé ».

(48) Ex. 1bis/2 : art. 1307 du Code civil : « *La simple* [*Idée ajoutée*] *déclaration* [*1re idée*] de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution ».

Ex. 1bis/3 : c'est un exemple emprunté à PERELMAN. Il s'agit d'une disposition qui « oblige tous les *jeunes* [*1re idée*] *gens* [*Idée ajoutée*] […] à accomplir leur service militaire » ([*1re idée*] + [*Idée ajoutée*] = [*Idée composée*]). C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), nº 33, p. 55. Voy. sur le même exemple : M.-L. MATHIEU-ISORCHE, *Le raisonnement juridique*, 1re éd., Paris, P.U.F., 2001, pp. 166 et 420. *Cf.* C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), p. 325.

(49) Sur ces propositions, Voy. : GREVISSE, *op. cit.*, pp. 1111 et s. ; *Bescherelle 3*, *op. cit.*, pp. 240 et s. ; A.-M. GARAGNON et F. CALAS, *La phrase complexe. De l'analyse logique à l'analyse structurale*, Paris, Collection « Ancrages », Hachette, 2002.

(50) Ex. 1bis/5. art. 3 du Code civil français : « Les lois de police et de sûreté obligent *ceux* [*1re idée*] *qui habitent le territoire* [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 1bis/6. art. 255 : « Le juge peut notamment […] 4º fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance [*1re idée*] *que* l'un des époux devra verser à son conjoint […] [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 1bis/7. art. 1159 : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans *le pays* [*1re idée*] où *le contrat est passé* [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 1bis/8. art. 1304, al. 2 : « Ce temps […] court […] dans le cas d'erreur ou de dol du *jour* [*1re idée*] *où ils ont été découverts* [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 1bis/9. art. 17-3, al. 3 : « Doit être pareillement représentée le mineur de seize à dix-huit ans [*1re idée*] *dont* l'altération des facultés mentales ou corporelles empêchent l'expression de la volonté [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 1bis/10. art. 108-2, al. 2 : « Si les père et mère ont des domiciles distincts, il (le mineur non émancipé) est domicilié chez celui *des parents* [*1re idée*] *avec lequel* il *réside* [*Idée ajoutée*] ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 573 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Après la subordonnée, la restriction peut s'opérer par un *participe*[51]. Considérons l'exemple de l'art. 16-5 : « *Les conventions* [*1re idée*] *ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits* [*Idée ajoutée*] sont nulles » (Ex. 1bis/11).

Cet exemple, et avec lui les exemples relatifs à l'adjectif et à la subordonnée, peuvent être rapprochés de certains exemples rencontrés dans les ouvrages de méthodologie du droit musulman. Cette méthodologie, on l'a vu, connaît l'idée ajoutée nommée qualité. La qualité, selon Shawkānī, réduit le sens d'un terme général de sorte qu'on ne prend plus ce terme dans toute son étendue[52]. L'adjectif, les types de propositions subordonnées déjà cités et le participe jouent ce même rôle de réduction[53].

22 — On peut, dans le même ordre d'idée, rapprocher les cas de condition dans la méthodologie du droit musulman des *propositions subordonnées circonstancielles de condition*. Citons l'exemple de l'art. 1378 : « *S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu* [*Idée ajoutée*]*, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du payement* [*1re idée*] » (Ex. 2bis/1)[54].

(51) « Le *participe* est la forme adjective du verbe : il « participe » de la nature du verbe et de celle de *l'adjectif* ». *Bescherelle 3*, *op. cit.*, p. 296.

(52) Shawkānī, *op. cit.*, p. 306. Voy. aussi : *Zarkashī*, *op. cit.*, T. III, p. 113. Toutefois, pour être plus précis, il faut rappeler de la distinction faite par *Sayyid 'alī Ḥusaynī Sīstānī* entre la qualité qui a pour fonction de prédiquer et d'expliquer (*tawṣīf ikhbārī ; tawḍīḥī*) et la qualité qui a pour fonction de limiter, de rendre étroit (*tawṣīf taḳyīdī ; taḍyīḳī*).

(53) La méthodologie du droit musulman range la cause parmi les cas de la qualité : Ex. 1/4 : *Le vin* [*1re idée*] est interdit *parce qu*'il *fait perdre la raison* [*Idée ajoutée*].

Les « *uṣūlī* » disent que la qualité peut être une cause comme elle peut ne pas l'être (elle ne l'est pas dans l'ex. 1/2 : élevées dans les pâturages, etc.). Voy. Shawkānī, préc, p. 307. Si l'on adopte le même raisonnement, on peut alors citer dans le droit français des exemples de propositions subordonnées circonstancielles de cause :

Ex. 1bis /12. art. 4 du Code civil : « Le juge qui *refusera de juger* [*1re idée*], *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* [*Idée ajoutée*], pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

(54) Voy. cet exemple chez : Y. STRICKLER, J.-Cl. civ. Code, art. 1376 à 1381, fasc. unique, nº 108.

Ex. 2bis/2. art. 342-2, al. 2, du Code civil : « La pension peut être due au-delà de la majorité de l'enfant [*1re idée*], *s'il* est encore dans le besoin, à moins que cet état ne lui soit imputable à faute [*Idée ajoutée*] ».

Notons que ce texte comprend deux conditions :

« La pension peut être due au-delà de la majorité de l'enfant [*1re idée*], *s'il* est encore dans le besoin [*Idée ajoutée*]… ».

« La pension peut être due au-delà de la majorité de l'enfant, s'il est encore dans le besoin [*1re idée*], *à moins que* cet état ne lui soit imputable à faute [*Idée ajoutée*] ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 574 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

23 — Cet exemple, cité à titre indicatif, témoigne que l'idée ajoutée appelée « condition » peut se rencontrer dans n'importe quel droit. Il en découle qu'un rapprochement entre les différents systèmes est possible. Il en est également ainsi si l'idée ajoutée est celle que l'on nomme « *terme* » (= limite, bout, fin). En voici un exemple du Code civil français. L'art. 375-7 dispose que : « Les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure ; *ils ne peuvent émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants* [*1re idée*], *tant que la mesure d'assistance éducative reçoit application* [*Idée ajoutée*] » (Ex. 3bis/1) (55).

À observer attentivement les textes qui ont précédé et ceux qui vont suivre, on constatera que ceux renfermant plus qu'une idée ajoutée (condition + adjectif – etc.) ne sont pas l'exception. C'est dire qu'à chaque phrase ou presque, il y a lieu à raisonnement *a contrario*.

Ex. 2bis/3. art. 1715 : « *Si* le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie [*Idée ajoutée*], la preuve ne peut être reçue par témoins [*1re idée*]… ». Voy. cet exemple chez : D. VEAUX, J.-Cl. civ. Code, art. 1341 à 1348, fasc. 10, nº 6.

Ex. 2bis/4. art. 329 : « La légitimation peut bénéficier à tous les enfants naturels [*1re idée*] *pourvu que* leur filiation ait été légalement établie [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 2bis/5. art. 328 : « Les époux […] peuvent […] réclamer un enfant comme étant le leur ; mais si celui-ci a déjà une autre filiation établie, *ils doivent préalablement en démontrer l'inexactitude* [*1re idée*], *à supposer que l'on soit dans l'un des cas où la loi autorise cette démonstration* [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 2bis/6. art. 460 : « L'autorisation exigée par l'art. 457 pour l'aliénation des biens du mineur ne s'applique point [*1re idée*] *au cas où* un jugement aurait ordonné la licitation à la demande d'un copropriétaire par indivis [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 2bis/7. art. 202 : « Il (le mariage déclaré nul) produit aussi ses effets à l'égard des enfants [*1re idée*], *quand bien même* aucun des époux n'aurait été de bonne foi [*Idée ajoutée*] ».

Voy. aussi : art. 908-1 du Code civil français. Voy. également le problème posé dans l'affaire *Sousoéva c. Avekiéva*. L'affaire date du 7 octobre 1943, et elle est citée par K. STOYANOVITCH : « L'interprétation du droit dans les pays socialistes », *A.P.D.* nº 17, p. 156. Mais il faut au préalable considérer qu'il s'agit d'un problème de détermination par la condition (le propriétaire peut revendiquer, si le bien est perdu ou volé).

(55) Ex. 3bis/2. art. 2257 : « La prescription ne court point :

À l'égard d'une créance qui dépend d'une condition [*1re idée*], *jusqu'à* ce que la condition arrive [*Idée ajoutée*] ;

À l'égard d'une action en garantie [*1re idée*], *jusqu'à* ce que l'éviction ait lieu [*Idée ajoutée*] ;

À l'égard d'une créance à jour fixe [*1re idée*], *jusqu'à* ce que ce jour soit arrivé [*Idée ajoutée*] ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 575 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

24 — Après « le terme », on peut procéder à un rapprochement en ce qui concerne l'idée ajoutée appelée « *quantité* »(56). Le rapprochement se fera ici également par l'exposé d'un exemple du droit français après avoir exposé, plus haut, des exemples cités par les auteurs de la méthodologie du droit musulman. L'art. 275-1 du Code civil français dit : « Lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues par l'article 275, le juge fixe les modalités de paiement du capital, dans la limite de *huit* [*Idée ajoutée*] *années* [*1re idée*]… » (Ex. 4bis/1).

25 — À la suite de la « quantité », vient le tour du « *nom* »(57). On peut ici donner l'exemple cité par Georges Kalinowski : « l'art. 6 de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations […] autorise […] les associations déclarées à acquérir les *immeubles* [*Idée ajoutée*](58) nécessaires à l'accomplissement (de leur) […] but […] » (Ex. 5bis/1)(59) .

26 — Maintenant, terminons la liste des exemples par l'idée ajoutée : « *exception* ». Ici on peut citer l'exemple de l'art. 902 du Code

(56) « Les *adjectifs* numéraux cardinaux (ou *noms* de nombre) indiquent le nombre précis des êtres ou des objets désignés par le nom : DEUX livres […] ». GREVISSE, *op. cit.*, p. 371.

(57) « Le nom ou substantif est le mot qui sert à désigner, à « nommer » les êtres animés et les choses ; parmi ces dernières, on range, en grammaire, non seulement les objets, mais encore les actions, les sentiments, les qualités, les idées, les abstractions, les phénomènes, etc. : Louis, chien, table, livraison, colère, bonté, néant, absence, gelée ». GREVISSE, *op. cit.*, p. 186. Voy. aussi : M.-L. MATHIEU-ISORCHE, *op. cit.*, pp. 224 et s.

(58) Pour la première idée, Voy. supra nº 17.

(59) G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), p. 167.

Le même exemple concernant le « nom » immeuble se trouve, mais en matière de contrat, chez Laurent (F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris, Lib. A. MARESCO ; Bruxelles, Bruylant, 1893, T. XVI, nº 513). Laurent a emprunté cet exemple de Pothier : *Traité des obligations*, Paris, Lib. de l'œuvre de Saint Paul, 1883, nº 100.

En revenant une autre fois à la loi, on peut ajouter, relativement au « nom » immeuble, l'exemple de l'art. 1674 du Code civil : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzième dans le prix d'un *immeuble* [*Idée ajoutée*], il a le droit de demander la rescision de la vente […] ».

À côté de ce qui précède, on peut citer les exemples suivants :

Ex. 5bis/2. art. 102 : « Le domicile de tout *français* [*Idée ajoutée*], quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ».

Ex. 5bis/3. art. 8 : « Tout *français* [*Idée ajoutée*] jouira des droits civils […] ». Voy. cet exemple dans : N. GUIMESANE, J.- cl, civil Code, art. 11, Fasc. 10, n° 35.

Ex. 5bis/4. art. 911, al. 1er : « Toute disposition au profit d'un *incapable* [*Idée ajoutée*] sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 576 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

civil français. Il dit : « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament [*1re idée*], *excepté* celles que la loi en déclare incapables [*Idée ajoutée*] » (Ex. 6bis/1) (60).

27 — Il ressort de tous ces exemples :

— que l'idée ajoutée peut être une qualité, une condition, un terme, une quantité, un nom, une exception, etc. ;

— que la désignation de l'idée ajoutée par ces mots (qualité, condition, etc.) est une désignation faite par les auteurs de la méthodologie du droit musulman. Au-delà des mots, le désigné (les linguistes

Ex. 5bis/5. C'est un exemple ancien : « Les statuts des villes italiennes fixaient […] la défense d'exporter le *blé* [*Idée ajoutée*] ». M. SBRICOLLI, « Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du moyen âge », *A.P.D.*, nº 17, p. 107.

Il est à noter que le verbe à l'infinitif (« forme particulière qui permet au verbe de jouer d'autres fonctions que celle de noyau de la phrase ») peut être sujet : « *marcher* me fatigue ». (*Bescherelle 3*, *op. cit.*, p. 295) ; « Marcher » est une « idée ajoutée "nom" ». Notons aussi que dans la phrase : « Marcher sur le sable me fatigue », « sur le sable » est une idée ajoutée « qualité ».

(60) Voy. J. B. DE SAINT-AFRIQUE, J.- cl. civil, Code, art. 902, fasc. unique, nº 69 ; Voy. un autre exemple : art. 907, al. 3. Voy. aussi « excepté » dans le Petit Robert : « excepté […] hormis, hors, part (à part), sauf, sinon ».

À côté de ce qui précède, on peut citer les exemples suivants :

Ex. 6bis/2. art. 145 : « *Néanmoins*, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage, d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves [*Idée ajoutée*] ».

Ex. 6bis/3. art. 367, al. 2 : « L'obligation de fournir des aliments continue d'exister entre l'adopté et ses père et mère [*1re idée*]. *Cependant* les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant [*Idée ajoutée*] ».

Il est à noter que des exemples comme ceux qui vont suivre sont rangés comme des exceptions par les auteurs de la méthodologie du droit musulman :

Ex. 6bis 4. art. 146 : « Il n'y a pas de mariage [*1re idée*] lorsqu'il n'y a point de consentement [*Idée ajoutée*] ».

Ici la première idée, c'est un mariage indéterminé. L'idée ajoutée ou l'exception, c'est un mariage déterminé : il s'agit de celui dans lequel il y a eu consentement.

Ex. 6bis /5 : art. 1214, al. 1er : « Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payé en entier, *ne peut répéter* contre les autres [*1re idée*] *que les parts et portions de chacun d'eux* [*Idée ajoutée*] ».

Ici la première idée est une répétition d'une chose qui n'a pas été déterminée. L'idée ajoutée ou l'exception, c'est la répétition d'une chose déterminée : les parts et portions de chacun.

Notons que dans tout droit, ces exemples et leurs analogues peuvent être rangés ou bien comme des exceptions ou bien avec elles.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 577 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

disent : le référent) se rencontre aussi bien en droit musulman qu'en droit français, allemand ou autre droit occidental (61).

Mais le désigné évoque le non désigné ; autrement dit, le cas mentionné rappelle le cas qui lui est opposé.

§ 2. — *Le cas opposé non mentionné*

28 — Pour pouvoir parler du cas non mentionné par la loi, il faut d'abord rappeler que dans le cas mentionné il y a une idée et une idée ajoutée. La fonction de l'idée ajoutée, c'est d'opérer une division, et une division en deux groupes. Regardons l'exemple n° 1/1 : l'idée ajoutée (non partagées) divise les choses en deux groupes : celles qui *sont* non partagées et celles qui *ne* le *sont pas* (Puisque la négation de la négation est affirmation, les choses « non non partagées » sont les choses « partagées ») (62).

(61)

Tableau récapitulatif				
Droit musulman			Droit occidental	
Type de détermination	N° des exemples		Type de détermination	N° des exemples
Qualité	1/1 à 1/4	=	Adjectif Quelques subordonnées Participe Proposition circonstancielle de cause	1bis/1 à 1bis/3 1bis/4 à 1bis/10 1bis/11 1bis/12
Condition	2/1 à 2/3	=	Proposition circonstancielle de condition	2bis/1 à 2bis/7
Terme	3/1 à 3/2	=		3bis/1 à 3bis/2
Quantité	4/1 à 4/4	=		4bis/1
Nom	5/1 à 5/3	=		5bis/1 à 5bis/5
Exception	6/1 à 6/2	=		6bis/1 à 6bis/5

(62) Autres illustrations :

— L'idée ajoutée nommée « qualité » :

Ex. 1bis/1 : l'idée ajoutée (patrimonial) divise le droit en deux groupes : celui qui *est* patrimonial et celui qui *ne l'est pas*.

— L'idée ajoutée nommée « condition » :

Ex. 2/1 : L'idée ajoutée (enceinte) divise les femmes divorcées en deux groupes : celui des femmes divorcées qui *sont* enceintes et celui des femmes divorcées qui *ne* le *sont pas*.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 578 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

29 — Il est clair, d'après l'exemple, que l'idée ajoutée nous met devant deux groupes. Le premier groupe est mentionné par la loi, le second ne l'est pas. La relation entre les deux groupes est une relation d'opposition. Chaïm Perelman précise davantage la relation d'opposition en parlant d'antithèse (63). Mais cette précision mérite à son tour une précision. En effet, l'antithèse « signifie une opposition binaire entre deux termes ou deux propositions qui peuvent être soit contraires, soit contradictoires » (64). Dès lors, la relation, entre le cas mentionné par la loi et le cas non mentionné, est soit une relation de *contraires* soit une relation de *contradictoires*.

Certains auteurs, dans la méthodologie du droit occidental, parlent de relation de contraires (65). Les auteurs de la méthodologie du droit

Ex. 2bis/1 : L'idée ajoutée (mauvaise foi de l'*accipiens*) divise les *accipiens* en deux groupes : ceux qui *sont* de mauvaise foi et ceux qui *ne* le *sont pas*.

— L'idée ajoutée nommée « terme » :

Ex. 3/1 : L'idée ajoutée (femme divorcée non encore mariée avec un autre) divise les femmes divorcées en deux groupes : celles qui *ne sont pas encore* mariées avec un autre et celle qui le *sont déjà* (déjà = « non-non encore »).

Ex. 3bis/2 : L'idée ajoutée (condition arrivée) divise les conditions en deux groupes : celles qui *sont* arrivées et celles qui *ne* le *sont pas*.

— L'idée ajoutée nommée « quantité » :

Ex. 4/1 : L'idée ajoutée (une) divise le temps en deux groupes : celui qui **est** une année et celui qui *ne* l'*est pas*.

Ex. 4bis/1 : L'idée ajoutée (huit) divise les années en deux groupes : celles qui *sont* huit et celles qui *ne* le *sont pas*.

— L'idée ajoutée appelée « nom » :

Ex. 5/1 : l'idée ajoutée (blé) divise les récoltes en deux groupes : celles qui *sont* blé et celles qui *ne* le *sont pas*.

Ex. 5bis/1 : l'idée ajoutée (immeuble) divise les biens en deux groupes : ceux qui *sont* immeubles et ceux qui *ne* le *sont pas*.

5bis/5 : L'idée ajoutée (blé) divise les aliments en deux groupes : ceux qui *sont* blé et ceux qui *ne* le *sont pas*.

— L'idée ajoutée nommée « exception » :

Ex. 6/1 : l'idée ajoutée (mariage avec consentement…) divise les mariages en deux groupes : ceux qui *sont* faits avec consentement… et ceux qui *ne sont pas* faits avec consentement…

Ex. 6bis/1 : L'idée ajoutée (personnes déclarées par la loi incapables) divise les personnes pouvant disposer… par donation… en deux groupes : celles qui *sont* déclarées par la loi incapables et celles qui *ne* le *sont pas*.

(63) C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), nº 31, p. 52.

(64) M. CRAMPE-CASNABET, mot : « antithèse (philo. géné.) », *Encyclopédie philosophique universelle* (*op. cit.*).

(65) E. AGOSTINI (« l'argument *a contrario* », *Dalloz* 1978, chr., 149) parle d'« opposition des *contraires* ». J. DUPICHOT (« Pour un retour aux textes : défense et illustration

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 579 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

musulman insistent sur le fait qu'il ne s'agit pas de relation entre contraires mais de relation entre contradictoires (66).

Mais qu'est-ce qu'une relation de contraires et qu'est-ce qu'une relation de contradictoires ?

La relation de contradictoires est celle qui « existe entre l'affirmation et la négation d'un même élément de connaissance ; en particulier : 1° Entre deux termes, dont l'un est la négation de l'autre, comme A et non A. 2° Entre deux propositions, comme : "A est vrai" et "A n'est pas vrai" […] Plus spécialement, espèce d'opposition qui existe, entre l'universelle affirmative et la particulière négative, et entre l'universelle négative et la particulière affirmative » (67). « Deux propositions

du « Petit guide-âne » des art. 1156 à 1164 », *Études Flour*, 1979, p. 189, note 44) dit : « Cette maxime (il visait la maxime : *qui dicit de uno negat de altero*), fondée sur un argument *a contrario*, ne joue que lorsqu'il s'agit de nier le *contraire* du cas exprimé […] ». Quant à H. ROLAND et L. BOYER (*Adages du droit français*, 3e éd., Paris, Litec., 1992, p. 725), ils parlent de solutions *contraires* (ce qui se dit des solutions ou des prescriptions se dit aussi des cas). Voy. aussi : J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 156, p. 301 ; G. WIEDERKEHR, Lois et decrets, Rep. civ. Dalloz, 1973, n° 182 ; etc.

(66) *Shawkānī*, *op. cit.*, pp. 228 et 303 ; *W. Zuḥaylī*, *op. cit.*, T. I, p. 361 ; *Sabakī, al-Ibhādj* (en arabe), 1re éd., Beyrouth, *Dār al- Kutub al-'ilmiya*, 1404 H, T. III, p. 4 ; *al-Āmidī*, *op. cit.*, T. II, 1re partie, pp. 83, 201 et 204 ; *al-Kalbaykānī, Ifāḍat al-'awā'id* (en arabe), *Qom*, *Dār al-Ḳurān al-karīm*, 1410 H, T. I, pp. 313 et 328 ; *al- Mīrzā Shīrāzī, Taḳrīrāt Shīrāzī* (en arabe), *Qom*, *Mu'assassat Āl l-bayt*, 1409 H. T. III, p. 189 ; *'abd al-Karīm al-Ḥā'irī, Durar al- Fawā'id* (en arabe), *Qom*, *Maṭba'at mahr*, 1355 H, T. I, pp. 168, 174 et 176 ; *Sayyid al-Fayrūz Ābādī, 'ināyat al-uṣūl* (en arabe), *Qom*, *Maktabat Fayrūz Ābādī*, 1400 H., T. II, pp. 218, 220 et 222 ; *Abū al-Ḥusayn Muḥammad Ibn 'alī Ibn Ṭayyib al-Baṣrī al-Mu'tazilī, Kitāb al-Mu'tamad fī uṣūl al-fiḳh* (en arabe), Damas, éd. critique par *Muḥammad Ḥamidullah* avec la collaboration de *Aḥmad Bakīr* et *Ḥasan Ḥanafī*, 1965, T. I, p. 259 ; *al-Ḳarāfī, al-Furūḳ* (en arabe), Beyrouth, *Dār al- Kutub al- 'ilmiya*, 1998, T. II, p. 77 ; etc.

tout A est B	contradictoires
quelque A n'est pas B	
nul A n'est B	contradictoires
quelque A est B.	

(67) A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3e éd., Paris, P.U.F., 1993, mot : « contradiction ». Voy. aussi : La logique de Port-Royal, *op. cit.*, p. 226 ; J. S. MILL, Logique, I, Chap. I, § 2 :

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 580 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

contradictoires ne peuvent être toutes les deux vraies ni toutes les deux fausses »[68].

La relation de contraires est celle qui existe entre « deux énoncés […] (qui) ne peuvent être simultanément vrais […] (mais) il est possible que tous deux soient faux. Il y a donc entre eux une relation d'incompatibilité, alors qu'entre deux contradictoires existe une alternative nécessaire »[69].

30 — En gardant ces définitions sous les yeux, on peut alors retourner aux exemples et vérifier s'il s'agit d'une relation de contraires ou d'une relation de contradictoires. Dans l'exemple

(68) P. SWIGGER, mot : « contradiction (log.) », *Encyclopédie philosophique universelle* (*op. cit.*). Voy. aussi : *al-Ghazālī, Mi'yār al-'ilm fī al-manṭiḳ* (en arabe), 1re éd., Beyrouth, *Dār al-kutub al-'ilmiya*, 1990, p. 96.

On peut donner comme exemple de contradictoires les deux propositions : le stylo est vert / le stylo n'est pas vert (le stylo est non vert).

Voy. les huit conditions qui doivent se réunir pour pouvoir parler de contradiction (unité de : sujet, prédicat, temps, etc.) dans : *al-Ghazālī, Mi'yār al-'ilm fī al-manṭiḳ* (*op. cit.*), pp. 99 et s.

(69) J.F. KERVEGAN, mot : « contraire (log.) », *Encyclopédie philosophique universelle* (*op. cit.*) ; R. BLANCHÉ, *Structures intellectuelles. Essai sur l'organisation systématique des concepts*, Seconde éd., Paris, Lib. Philo. J. VRIN, 1969, pp. 14, 28, etc. ; M.-L. ROURE, *Éléments de logique contemporaine*, Paris, P.U.F., 1967, p. 47, etc. ; J.-L. GARDIES, *Essai sur les fondements à priori de la rationalité morale et juridique*, Paris, L.G.D.J, 1972, pp. 53 et s. Voy. aussi : *al-Ghazālī, Mi'yār al-'ilm fī al-manṭiḳ* (*op. cit.*), p. 96 et s. ; *Shaykh 'alī Mishkīnī, Iṣṭilāḥāt al-uṣūl* (= Terminologie de la méthodologie juridique musulmane) (en arabe), 5e éd., Qom, *Daftar nashr al-hādī*, 1413 H. : mots : « *ḍid wa naḳiḍ* ».

On peut donner comme exemple de contraires les deux propositions : le stylo est vert / le stylo est rouge. Ces deux énoncés ne peuvent être vrais : le stylo ne peut être vert et rouge. Mais les deux énoncés peuvent être faux : le stylo est par exemple bleu. Le vert et le rouge sont des contraires. Mais pour l'exemple précédent, le stylo ou bien il est vert ou bien il est non vert. Il s'agit d'une alternative. Si l'un des deux énoncés est vrai, l'autre est faux et vice versa. Pour les contraires si l'un est vrai l'autre est faux. Mais si l'un est faux, l'autre n'est pas nécessairement vrai.

Voy. R. BLANCHÉ, *Structures intellectuelles. Essai sur l'organisation systématique des concepts* (*op. cit.*), p. 28 ; A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (*op. cit.*), mots : « contradictoire » / « contraire » (le complément de l'article par : A. L.) ; A. BAIN, *op. cit.*, pp. 137 et s.

Il est à noter que certains distinguent entre les semblables (blanc / blanc), les différents (blanc / doux), les contraires (blanc / noir : les contraires sont ceux qui ne peuvent se réunir) et les contradictoires (il s'agit de l'opposition entre le positif et le négatif : l'existence d'une personne / l'inexistence de cette personne). *'a. Mishkīnī*, *op. cit.* : sous les mots : « *ḍid wa naḳiḍ* ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 581 Lundi, 22. octobre 2012 5:00 17

n° 1/1, on a les choses « non partagées » et celles qui ne le sont pas ; on a mis avant « non partagées » une négation : « non » « non partagées » ; Or la négation préalable n'est autre chose que la contradiction : « non partagées » et « non non partagées » sont donc deux contradictoires. Ce qui vient d'être dit sur cet exemple peut être dit sur le reste des exemples (70). Ainsi, donc, on a une idée et une idée ajoutée. Ces deux idées sont mentionnées dans la loi. L'idée ajoutée donne lieu à deux groupes : un groupe mentionné par la loi et un groupe non mentionné par la loi. La relation entre les deux groupes est une relation de contradictoires et non pas une relation de contraires. Il s'agit d'une alternative, non d'une incompatibilité (71).

31 — Ce résultat, malgré les apparences, n'a pas pour conséquence l'existence d'une divergence réelle entre les auteurs de la méthodologie du droit musulman et les auteurs de la méthodologie du droit occidental. Il est vrai que ces derniers parlent des contraires. Mais il est vrai aussi qu'ils visent les contradictoires (72).

(70) — Ex. 2/1 et Ex. 2bis/1 : (les femmes)… *enceintes* et (celles qui) *ne* le *sont pas* sont deux contradictoires. Il en est de même de l'*accipiens* de *mauvaise foi* et de celui qui *ne* l'*est pas*.

— Ex. 3/1 et Ex. 3bis/2 : (les femmes… qui) *ne sont pas* encore mariées et (celles qui) le *sont* déjà sont deux contradictoires. Il en est de même (des conditions) *arrivées* et de (celles qui) *ne* le *sont pas*.

— Ex. 4/1 et Ex. 4bis/1 : (la période…) *d'une année* et (la période qui) *n'est pas d'une année* sont deux contradictoires. Il en de même de (la période) de *huit années* et de (celle qui) *n'est pas de huit années*.

— Ex. 5/1 et Ex. 5bis/1 : le *blé* et le (*non*) blé sont deux contradictoires. Il en est de même des *immeubles* et des (*non*) *immeubles*.

— Ex. 6/1 et Ex. 6bis/1 : (Le mariage) *fait avec consentement*… et (le mariage) *non fait avec consentement*… (= fait sans…) sont deux contradictoires. Il en est de même des personnes… *incapables* et des personnes qui *ne sont pas incapables*.

(71) – Idée (mentionnée) + idée ajoutée (mentionnée).

— L'idée ajoutée donne lieu à : un groupe mentionné + un groupe non mentionné.

— Le groupe mentionné est dans une relation de contradiction avec le groupe non mentionné.

* « *a* » + « *b* »

* Fonction de « *b* » : diviser « *a* » en deux groupes : « *a avec b* »/ « *a sans b* »

* « *a avec b* » est le contradictoire de « *a sans b* » (pour être plus précis, on doit dire qu'avant « *avec b* » on a mis une négation : « *non avec b* » = « *sans b* » ; donc, les contradictoires sont : « *avec b* » et « *sans b* »).

(72) Voy., par exemple, E. Agostini, *op. cit.*, p. 149 : « Emprunt à la logique formelle, l'argument *a contrario* procède par antinomie des *contraires* afin de soumettre le cas *négatif* à l'inverse de ce qui a été prévu pour le cas *positif* ; c'est une transposition

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 582 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

32 — Le fait qu'il s'agit de contradiction aboutit à ce que le groupe non mentionné soit négatif. Il est donc un groupe ouvert. Les auteurs de la méthodologie du droit musulman disent, en saisissant cette nuance, qu'il s'agit d'un cas général (plus précisément : *muṭlaḳ* ou encore *ghayr muḳayyad* = non déterminé) (73).

« Le général », en l'absence d'indication permettant d'en restreindre l'étendue, doit être entendu dans toute sa signification (74). Cependant, « le général », ou encore le cas non mentionné, doit être du même genre que le cas mentionné. Ainsi, et pour l'exemple n° 5/1, le cas non mentionné est général à propos des céréales : il ne concerne donc pas une autre récolte (75).

du principe de non contradiction, d'après lequel ce qui est vrai ne peut pas être faux ». Voy. aussi G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), p. 168. L'auteur parle d'une négation que l'on place devant une expression. Or la négation préalable n'est autre chose que la contradiction (A/ non A). D'ailleurs, ce qui explique le fait qu'on prend les contradictoires pour des contraires, c'est que « contradictoire » et « contraire » sont des synonymes dans la langue naturelle : « Contraire […] II. Adj. […] contradictoire ». Dictionnaire des synonymes, Les usuels du Robert.

(73) Autrement dit, « le négatif » est « ce qui reste » d'un tout donné : supposons que U est un tout donné (ex. les couleurs) ; considérons maintenant x comme appartenant à U (ex. le rouge) ; dès lors, non x = U – x (le non rouge = les couleurs – le rouge). Voy. A. BAIN, *op. cit.*, p. 134.

(74) Ex. 5/1 : le groupe non mentionné englobe toute récolte de céréales qui n'est pas blé.

a sans b = cas général.

Voy. *Shawkānī*, *op. cit.*, p. 227 ; *'alī al-Ba'lī*, *op. cit.*, p. 237 et s ; *'abd al-Ḳādir Ibn Badrān, al-Madkhal* (en arabe), 2e éd., Beyrouth, *Mu'asasat Risāla*, 1401 H, p. 244.

(75) Voy. *Sabakī*, *op. cit.*, T. I, p. 371 ; *Shawkānī*, *op. cit.*, p. 304 ; *Zarkashī*, *op. cit.*, T. III, p. 98.

Dans le même ordre d'idées, et en matière de détermination par la qualité, les ouvrages de méthodologie du droit musulman disent que le sujet (ce que nous avons appelé : 1re idée) doit être gardé dans le cas non mentionné. C'est pour cela qu'on distingue entre quatre cas :

le cas où l'idée ajoutée est égale (a la même extension) à la première idée (Ex. : Homme [*1re idée*]/ un être doué de raison [*Idée ajoutée*]. Mais on peut exclure ce cas en affirmant qu'il s'agit d'une explication et non d'une détermination) ;

le cas où l'idée ajoutée a — et d'une manière absolue — plus d'extension que la première idée (Ex. : Homme/ un être qui marche) ;

le cas où l'idée ajoutée a — et d'une manière absolue — moins d'extension que la première idéee (Ex. : Homme/ pieux) ;

le cas où l'idée ajoutée a — d'un certain angle de vue — moins d'extension que la première idéee (Ex. : Les brebis / élevées dans les pâturages).

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 583 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

33 — Ce qui vient d'être dit dans la méthodologie du droit musulman peut être dit dans la méthodologie du droit occidental. En effet, des auteurs français ont soutenu que le cas non mentionné est général (76). À ce titre, il devient possible d'appliquer la maxime : « *Il nous est défendu de distinguer là où la loi* (pour notre cas : là où le silence de la loi) *ne distingue pas. Ubi lex non distinguit nec nos distingueri debemus* » (77).

Les auteurs français ont soutenu aussi, du moins implicitement, que le cas non mentionné doit être du même genre que le cas mentionné (78). Ainsi, on a conclu, *a contrario*, des immeubles par nature, non pas à n'importe quels meubles, mais aux meubles par nature (79).

34 — De ce qui précède, il faut retenir surtout que c'est dans la contradiction que réside l'opposition des cas. Il en découle que la définition du raisonnement *a contrario* (80) doit recevoir un changement. En effet, on doit dire que ce raisonnement consiste à conclure d'une contradiction des cas (ou encore des prémisses) à une opposition dans les prescriptions (ou encore dans les conséquences).

Seul dans ces deux derniers cas, la première idée sera gardée dans le cas non mentionné. C'est dire, d'une autre manière, que ce cas non mentionné est du même genre que le cas mentionné.

(76) On peut rencontrer chez deux auteurs l'idée selon laquelle le cas non mentionné est général :

— « La catégorie des biens meubles étant la catégorie *ouverte*, on pourrait se contenter de l'art. 518 du Code civil qui énonce que "les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature" pour en déduire, *a contrario*, que sont meubles par leur nature *toutes les autres* choses corporelles ». M. Fabre Magnan, J. -Cl. civil Code, art. 527 à 532, fasc. 10, nº 4.

— « Art. 725 du Code civil […] Ainsi sont incapables de succéder : 1º Celui qui n'est pas encore conçu […] *a contrario* […] cela signifie que celui qui est déjà conçu (*quelque soit la date de sa conception*) est apte à succéder ». M. Donier, J.-Cl. civil. Code, art. 725 et 726, Fasc. unique, n° 39.

(77) Sur la maxime, voy. : J. Carbonnier, *op. cit.*, nº 157, p. 302.

(78) Voy. M. Fabre Magnan, J. -Cl. civil Code, art. 527 à 532, fasc. 10, nº 39.

(79) « La catégorie des biens meubles étant la catégorie ouverte, on pourrait se contenter de l'art. 518 du Code civil qui énonce que "les fonds de terre et les bâtiments sont *immeubles par leur nature*" pour en déduire, *a contrario*, que sont *meubles par leur nature* toutes les autres choses corporelles ». M. Fabre Magnan, *op. cit.*, nº 4. Nous avons cité, il y a un instant, l'exemple du blé (Ex. 5bis/5). Cet exemple se trouve, avons-nous dit, en droit romain. Dans ce droit, on s'est posé la question sur la farine, etc. (M. Sbriccoli, *op. cit.*, p. 107). Cette question peut théoriquement recevoir la même solution que celle donnée dans la méthodologie du droit musulman.

(80) Voy. cette définition : *supra* nº 2.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 584 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Ainsi, concernant les cas, l'opposition consiste en une contradiction. Mais, concernant les prescriptions, le problème de l'opposition paraît un peu plus compliqué.

SECTION II. — L'OPPOSITION DES PRESCRIPTIONS

35 — Sur l'opposition des prescriptions, deux solutions ont été proposées. Mais, avec les solutions (§ 1), il faut exposer leur complément, c'est-à-dire ce qui s'ajoute ou doit s'ajouter aux solutions pour qu'elles soient complètes (§ 2).

§ 1. — *Les solutions*

36 — Pour la clarté de l'exposé, on ne va pas présenter une synthèse des solutions. Mais on citera les différentes solutions en parcourant les différents types d'idées ajoutées :

37 — *L'idée ajoutée nommée « qualité »*

Ici, comme d'ailleurs dans les cas qui suivront, il y a une idée, une idée ajoutée et une prescription[81]. Si on remplace l'idée ajoutée

(81) Dans ce travail, on entend par prescription toute conséquence (solution, prescription) rattachée par le texte au cas mentionné (hypothèse).

Ex. 1 : art. 1378 du Code civil français : « S'il y a mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer […] » (La prescription réside dans l'obligation de restituer).

Ex. 2 : art. 1110 du Code civil français : « L'erreur […] est une cause de nullité […] » (La prescription est la nullité).

Dans la méthodologie du droit musulman, on fait la distinction entre deux types de prescriptions :

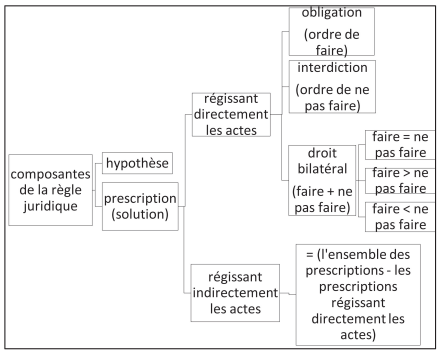
Premièrement : les prescriptions qui régissent directement les actes et les comportements, en ordonnant de faire (obligation), ou de ne pas faire (interdiction), ou en laissant le choix entre faire et ne pas faire (c'est le droit bilatéral de faire et de ne pas faire. Il est composé de trois variantes : 1° le droit de faire qui est mis sur le même pied d'égalité que le droit de ne pas faire, 2° le droit de faire qui est préféré au droit de ne pas faire : c'est la recommandation de faire [ou encore le *mandūb*, et qui est d'ailleurs connu en droit occidental sous le nom : « soft law »], 3° le droit de ne pas faire qui est préféré au droit de faire : c'est la recommandation de ne pas faire [ou encore le *makrūh*, et qui est lui aussi connu en droit occidental sous le même nom : « soft law »]) ;

Deuxièmement : les prescriptions qui régissent indirectement les actes (la propriété, la nullité, la validité, le gage, etc.), c'est-à-dire toutes les prescriptions qui ne sont ni obligation ni interdiction ni droit bilatéral (U [les prescriptions] est un tout ; x [les

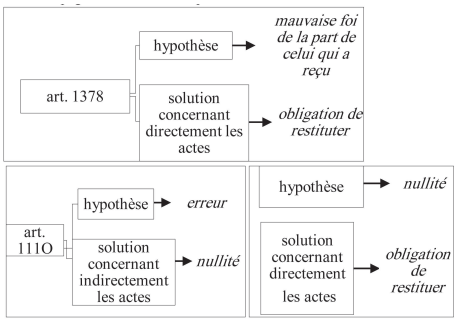
003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 585 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

par son contradictoire, la question qui se posera : quelle prescription doit-on appliquer ? (82)

prescriptions régissant directement les actes] appartient à U ; non x [les prescriptions régissant indirectement les actes] = U – x).



Une prescription régissant indirectement les actes est toujours accompagnée d'une prescription régissant directement les actes (par exemple : la validité est accompagnée par l'ordre d'exécuter le contrat, la nullité par l'ordre de restituer). Autrement dit, dans la prescription régissant indirectement les actes, il y a une hypothèse et une solution. Cette solution constitue une hypothèse. À ce titre, elle est accompagnée d'une solution qui concerne directement les actes.



Voy. sur la distinction, en droit musulman, entre les prescriptions régissant directement et les prescriptions régissant indirectement les comportements ou les actes : *M. B. Ṣadr, Durūs fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), *al-Ḥalaḳa al- ūlā*, T. I, p. 63 et *al-Ḥalaḳa thāniya*, T. I, p. 176.

Les prescriptions régissant directement les actes, ainsi que celles régissant indirectement les actes, sont concernées par le raisonnement *a contrario*. Ils font donc partie de ce travail.

(82) Ex. 1/1 : Si on remplace « non partagées » par son contradictoire « partagées », quelle prescription doit-on appliquer ?

Ex. 1bis/4 : Si on remplace « qui intéressent l'ordre public » par son contradictoire « qui n'intéressent pas l'ordre public », quelle prescription doit-on appliquer ?

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 586 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Dans la méthodologie du droit musulman, cette question a reçu deux réponses :

La première réponse consiste à dire que la prescription à appliquer doit être le contradictoire de la prescription mentionnée (83). À une idée ajoutée contradictoire, doit donc s'appliquer une prescription contradictoire (84).

Ceux qui adoptent cette solution avancent, en vue de l'appuyer, plusieurs arguments (85). L'argument le plus utilisé (86) est le suivant : le fait d'ajouter une idée dans la loi doit avoir une raison ; la raison est que la prescription mentionnée est exclusive à cette idée ajoutée ; dès lors, et pour l'idée contradictoire, on ne doit pas appliquer cette prescription mais son contradictoire.

La seconde réponse consiste à affirmer que la prescription à appliquer doit être un principe (*ḥukm al-aṣl*) (87). Le principe peut être le contradictoire de la prescription mentionnée. Dans ce cas, les auteurs

(83) Ex. 1/1 : la prescription c'est : « Le retrait (*Shufu'a*) peut être fait ». Son contradictoire est : « Le retrait (*Shufu'a*) ne peut pas être fait ».

Ex. 1bis/1 : Dans l'art. 6 du Code civil, la prescription c'est : « On ne peut pas déroger […] » (= non pouvoir). Son contradictoire (non non pouvoir = pouvoir, car la négation de la négation est affirmation), c'est : « On peut déroger […] ». Donc, pour le cas non prévu par l'art. 6 (les lois qui ne sont pas d'ordre public), la prescription c'est : « On peut déroger ».

Idée (mentionnée) + Idée ajoutée (mentionnée) → Prescription (mentionnée)

Idée (mentionnée) + le contradictoire de l'idée ajoutée (le contradictoire n'est pas mentionné) (= idée composée non mentionnée) → le contradictoire de la prescription mentionnée (le contradictoire n'est pas mentionné).

(84) D'après *al-Ghazālī* (*al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl*, *op. cit.*, p. 265), ceux qui adoptent cette position sont : *Shāfi'ī*, *Mālik*, la majorité des *Shāf'īyya* et des *Mālikīyya*, *al-ash'arī*, etc.

(85) Voy. sur ces arguments : *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), pp. 265 et s. ; *al-Āmidī*, *op. cit.*, T. II, 1re partie, pp. 80 et s. ; *Cf.* : C. KERBRAT-ORECCHIONI, *op. cit.*, pp. 182 et s.

(86) *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), p. 268.

(87) Idée (mentionnée) + Idée ajoutée (mentionnée) → Prescription (mentionnée)

Idée (mentionnée) + le contradictoire de l'idée ajoutée (le contradictoire n'est pas mentionné) (= idée composée non mentionnée) → prescription (non mentionnée) constituant principe (le principe, c'est ce qui vient en premier, à l'origine [A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, sous le mot : « principe. sens D ».] = en arabe : *al-aṣl*).

Notons que ceux qui adoptent cette réponse ne parlent pas ici de « *mafhūm bi l-mukhālafa* ». Voy. *Muḥammad Sulaymān'abdallah al-Ashḳar, al-wādhiḥ fī uṣūl al-fiḳh* (en arabe), 5e éd., Le caire, *Dār Salām*, 2008, p. 234.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 587 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

des deux réponses aboutissent au même résultat. Mais le principe peut ne pas être le contradictoire de la prescription mentionnée. Dans ce cas, les auteurs des deux réponses arrivent à des résultats différents.

Ceux qui adoptent la seconde réponse (88) avancent à leur tour plusieurs arguments (89). Parmi ces arguments, on peut citer le plus important en partant de l'exemple n° 1/1, c'est-à-dire de la règle mentionnée explicitement dans la loi et qui dispose que le retrait peut être fait sur *toute chose* [*1re idée*] *non partagée* [*Idée ajoutée*]. Le principe est que le propriétaire a le droit de choisir librement la personne de l'acheteur. Donc, une tierce personne n'a pas le droit de retrait, c'est-à-dire, elle ne peut pas prendre la place de l'acheteur dans la vente conclue par le propriétaire. Pour la chose non partagée, la prescription est : « le retrait est possible ». Le fondement de cette prescription, c'est la règle juridique susmentionnée. Pour la chose partagée, la prescription c'est : « le retrait n'est pas possible ». Le fondement de cette prescription, c'est le principe (*al-aṣl*).

La prescription relative à la chose non partagée n'a existé que depuis l'énoncé de la règle juridique. La prescription relative à la chose partagée n'a pas existé à partir de l'énoncé, elle était là bien avant, c'est un principe, elle constitue l'origine (90) (*al-aṣl*). Cette prescription ne vient pas de l'énoncé. Il est vrai que celui-ci attire sur elle l'attention (le visible ouvre nos regards sur l'invisible, disait le philosophe grec Anaxagore). Mais il est vrai aussi qu'elle lui est antérieure.

Les auteurs de cette seconde thèse répondent à l'argument le plus utilisé par leurs adversaires. Ils disent qu'ils adoptent eux aussi la proposition selon laquelle la loi, en ajoutant une idée, doit l'avoir fait pour une raison quelconque. Mais ils précisent que cette raison peut ne pas être le fait que la prescription mentionnée soit exclusive à l'idée ajoutée. Oui, les auteurs de la première

(88) C'est la position d'*al-Ghazālī*, de certains spécialistes de la science du « *kalām* » comme *al-Ḳāḍī*, de certains « *fuḳahā'* » comme *Ibn Shurayḥ*, etc. : *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), p. 265.

(89) Voy. sur ces arguments : *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), p. 265 et s. ; *al-Āmidī*, *op. cit.*, T. II, 1re partie, pp. 80 et s. *Cf.* : C. KERBRAT-ORECCHIONI, *op. cit.*, pp. 182 et s.

(90) Dans Le Petit Robert 1, il est dit : « Principe… origine ; latin. *Principium*… origine ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 588 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

thèse peuvent dire que si cette raison existe on l'aurait découvert. Mais *al-Ghazālī* répond à cette objection hypothétique en disant : ne pas connaître l'existence d'une chose n'équivaut pas à connaître la non existence de cette chose. Il est erroné, dit-il, de conclure de la non connaissance de l'existence à la connaissance de la non existence (91).

Dès lors, les raisons demeurent multiples. On ne saurait choisir une et laisser les autres. Et si on ne saurait choisir la raison selon laquelle la prescription mentionnée est exclusive à l'idée ajoutée, on ne saurait dire par cela même que le cas non mentionné doit être régi par une prescription contradictoire.

C'est là, sommairement, les deux thèses soutenues dans la méthodologie du droit musulman.

En droit français, on soutient souvent que le résultat du raisonnement *a contrario* doit être l'application d'un principe (92). Cela rejoint la seconde thèse de la méthodologie du droit musulman.

(91) *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), p. 269. L'auteur avance plusieurs hypothèses : la raison peut consister dans le fait que le cas mentionné est le plus fréquent dans la pratique (c'est pour cela que la loi en a traité), etc. Ainsi l'affirmation, que la raison réside dans le fait que la prescription mentionnée est exclusive à l'idée ajoutée, n'est qu'une hypothèse parmi tant d'autres (*Cf.* H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 725 : « L'énumération légale peut n'être faite qu'à titre énonciatif et n'avoir qu'une valeur démonstrative »).

(92) E. AGOSTINI, *op. cit.*, p. 150 ; H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 725 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 156, p. 301 : «…l'art. 6 dispose que l'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois d'ordre public. On est en droit de renverser la proposition : on peut déroger par des conventions particulières aux lois qui ne sont pas d'ordre public. Mais c'est que, dans cet exemple, on est parti d'une proposition *exceptionnelle* (les limitations de l'ordre public) pour retourner à un *principe* (la liberté contractuelle). *L'argument a contrario, est-il classique d'observer, n'est concluant qu'à cette condition-là. Autrement, il peut être dangereux*. Ex. de ce que, dans l'a. 102, il était écrit : le domicile de tout français est au lieu…, on avait conclu, au siècle dernier, que les étrangers n'avaient pas de domicile ». Ce que Jean Carbonnier vient de dire nous oblige à préciser la notion de principe. Prenons, dans ce but, un autre exemple : le Code civil interdit d'invoquer l'erreur de droit en matière d'aveu judiciaire (art. 1356) et de transaction (art. 2052). *A contrario*, l'erreur de droit peut justifier l'annulation d'un acte juridique pour vice de consentement ou défaut de cause (B. PETIT, J.-Cl. civil Code, art. 1110, Fasc. unique, n° 76). *Ainsi, on conclut à une nullité*. Pourtant le raisonnement *a contrario* est correct. S'il en est ainsi c'est parce que le principe est entendu — implicitement il est vrai — dans le sens de ce qui vient en premier, à l'origine. Et, à l'origine, l'erreur annule l'acte juridique. *Cf.* C. KERBRAT-ORECCHIONI, *op. cit.*, p. 188.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 589 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Mais on peut trouver, en droit français (etc.), les traces de la première thèse (93).

Ainsi, la méthodologie du droit musulman et la méthodologie du droit occidental sont proches l'une de l'autre sur le plan du raisonnement ayant pour objet un énoncé qui renferme une qualité. Il en est de même pour le raisonnement ayant pour objet un énoncé comprenant une condition.

38 — *L'idée ajoutée nommée « condition »*

Dans ce cas aussi, on rencontre, dans la méthodologie du droit musulman, deux thèses : la thèse du « contradictoire » et la thèse du « principe ». À ces thèses, il faut ajouter deux précisions que certains auteurs apportent à l'occasion de l'étude de la « condition ».

La première précision consiste à distinguer au sein de la proposition conditionnelle entre deux types :

Le premier type est celui de la condition qui réalise le sujet. Prenons l'exemple d'une règle de droit français après l'avoir formulée

(93) G. KALINOWSKI (*Introduction à la logique juridique*, *op. cit.*, pp. 168 et s.), analysant l'argument *a contrario*, a soutenu qu'on est en présence d'une expression quantifiante (seulement ou ses synonymes : uniquement, exclusivement, ne… que, etc.). Cette expression est sous-entendue (mais elle peut être employée expressément). Elle « permet d'énoncer dans une seule proposition l'idée soutenue normalement dans deux, dont la seconde est la négation d'une proposition ne différant de la première que par la négation placée devant l'expression à laquelle se rapporte le quantificateur "seulement" […] Celui qui admet la proposition du type "pour tout x (f seulement x)" est en droit d'admettre la proposition de type "pour tout x non (f non-x)" […] Appliquons cette règle en remplaçant "x" par "association déclarée" et "f" par "jouit de la capacité juridique" et nous obtiendrons : seulement l'association déclarée jouit de la capacité juridique. Donc non : l'association non déclarée ne jouit pas de la capacité juridique » (= l'association non déclarée ne jouit pas de la capacité juridique). Ainsi, comme on le voit, l'auteur ne s'est jamais soucié de la nature du résultat du raisonnement.

Prenons un autre auteur : D. FENOUILLET (J.-Cl. civil. Code, art. 16 à 16-12, Fasc. 12, n°s 9 et 17). En évoquant l'art. 16-1 al 3 (Ex. 1bis/1), elle dit qu'à l'interpréter *a contrario* ce texte autorise la constitution d'un droit extra patrimonial sur le corps humain. En outre, ce texte « ne vise […] que les droits réels : les droits personnels n'ont pas, en effet, pour "objet" des choses mais des prestations ; il n'interdit donc pas qu'un débiteur s'engage, moyennant contrepartie, à une prestation corporelle (démonstration sportive, contrat de travail] ». *Ibidem*, n° 171).

On peut multiplier les exemples dans lesquels les auteurs adoptent pour solution la prescription contradictoire sans se poser la question si cette solution constitue ou non un principe. C'est là, peut-être, l'indice que la première thèse est adoptée au moins implicitement.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 590 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

dans une proposition conditionnelle : « lorsqu'il y a une loi impérative, l'usage ne peut la contredire »[94]. Dans cette proposition, il y a un antécédent, c'est-à-dire la condition (l'existence d'une loi impérative)[95] et il y a un conséquent ; le conséquent est composé d'un sujet (la loi impérative) et d'une prescription (l'usage ne peut contredire). Mais le sujet et la condition ne sont pas deux choses différentes ; on ne peut, donc, imaginer l'existence du sujet dans le cas où la condition existe et aussi dans celui où elle fait défaut. Autrement dit, c'est la condition qui réalise le sujet ; la négation de la condition est en même temps une négation du sujet ; et s'il n'y a plus de sujet, il n'y a plus lieu à nier l'application de la prescription au sujet ; or raisonner *a contrario*, c'est justement ne pas appliquer la prescription au sujet lorsque la condition fait défaut. Le raisonnement *a contrario* exige donc que le sujet demeure aussi bien dans le cas où la condition existe que dans celui où elle fait défaut[96].

Le second type de proposition conditionnelle est celui dans lequel la condition ne réalise pas le sujet. Il en est ainsi dans l'exemple de l'art. 342-2, al. 2, du Code civil : « La pension peut être due au-delà de la majorité de l'enfant [*1re idée*], *s'il* est encore dans le besoin, à

(94) Voy. Cette règle dans : H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. I — Premier Volume : *Introduction à l'étude du droit*, 11e éd. par F. CHABAS, Paris, Monchrestien, 1996, p. 145.

On peut aussi donner l'exemple de l'art. 56 du Code civil français. Il dispose, à supposer que sa forme est conditionnelle, que : si d'un homme naisse un enfant, il doit déclarer cette naissance.

(95) Si A [la loi] est B [existe]. Mais l'existence n'est pas un véritable prédicat. On peut donc dire tout simplement : si A. (voy. sur l'affirmation que l'existence n'est pas un prédicat : M.-L. ROURE, *Éléments de logique contemporaine*, Paris, P.U.F., 1967, p. 74 : « l'existence ne constitue pas une détermination du sujet, mais exprime l'actualité même du sujet et de ses déterminations éventuelles »).

(96)

(c) : condition *(s) : sujet* *(p) : prescription* *Si (c), alors (p)* *s'applique à (s)*	Raisonnement *a contrario* : ne pas appliquer (p) à (s), lorsque (c) fait défaut
	Pour pouvoir ne pas appliquer (p) à (s), (s) doit être conservé dans le cas où (c) fait défaut
	Or, dans notre exemple, (s) est lié à (c) : si (c) n'existe pas, (s) n'existe pas aussi

Voy. *Sayyid Kamāl Ḥaydarī, Durūs. Sharḥ al-Ḥalaḳa thāniya li Sayyid Muḥammad Bāḳir Ṣadr* (Par : *Shaykh 'alā' Sālim*), *Mu'assasat al-Imām Djaūād*, T. II, pp. 124 et s. ; *Cf. Shaykh Muḥammad Riḍā al-Muẓaffar, Uṣūl al-fiḳh* (en arabe), 2e éd., Beyrouth, *Mu'asasat al-'alamī li al-maṭbū'āt*, 1990, 1re partie, p. 98.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 591 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

moins que cet état ne lui soit imputable à faute [*Idée ajoutée*] » (Ex. 2bis/2). Autrement dit : Si l'état de besoin est imputable à la faute de l'enfant, il n'y a pas lieu à pension.

Dans cette proposition, on voit un antécédent, c'est-à-dire la condition (la faute) et un conséquent ; le conséquent est composé d'un sujet (l'enfant) et d'une prescription (absence de droit à la pension).

Dans la même proposition, on voit aussi que la condition ne réalise pas le sujet. Ceci conduit à ce que la négation de la condition n'entraîne pas la négation du sujet. Si le sujet demeure, on peut alors ne pas lui appliquer la prescription ; autrement dit : on peut raisonner *a contrario* (97).

Cette première précision, faite au sein de la méthodologie du droit musulman, peut être transposée au droit français (etc.), c'est-à-dire, elle peut être adoptée par la méthodologie du droit occidental.

La seconde précision peut à son tour recevoir le même sort. Elle part d'une analyse de la proposition conditionnelle :

Celle-ci désigne, d'abord (dans la langue arabe, mais aussi dans la langue française, etc.), qu'il y a un *rapport* entre l'antécédent et le conséquent.

Elle désigne, ensuite (dans les deux langues, etc.), que l'antécédent est la *cause* du conséquent.

Mais désigne-t-elle aussi que cette cause est exclusive ? Ici s'il n'y a pas une indication qui dit qu'avec la condition il doit y avoir d'autres conditions (98), et s'il n'y a pas une indication qui dit qu'au lieu de cette condition, il peut y avoir d'autres conditions (99)… si ces indications font défaut, cela veut dire que l'on est devant une formule

(97)

(c) : condition *(s) : sujet* *(p) : prescription* *Si (c), alors (p) s'applique à (s)*	Raisonnement *a contrario* : ne pas appliquer (p) à (s), lorsque (c) fait défaut
	Pour pouvoir ne pas appliquer (p) à (s), (s) doit être conservé dans le cas où (c) fait défaut
	Dans notre exemple, (s) n'est pas lié à (c) : si (c) n'existe pas, (s) peut exister ou ne pas exister

Voy. *K. Ḥaydarī*, *op. cit.*, T. II, pp. 124 et s. ; *Cf. M. R. al-Muẓaffar*, *op. cit.*, 1re partie, p. 99.

(98) Une indication dans le même texte ou dans un autre, une indication explicite ou implicite.

(99) On doit ici faire la même remarque précédente.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 592 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

générale [100]. La formule générale doit être entendue dans ce sens. Et si elle est entendue dans ce sens, cela veut dire qu'il n'y a pas à côté ou au lieu de la cause d'autres causes. Donc la cause est *exclusive* au conséquent. Nier la cause, c'est nier la prescription. Ainsi la proposition conditionnelle conduit à dire que si la condition fait défaut, on applique dans ce cas la contradictoire de la prescription mentionnée [101].

Autrement dit : la proposition conditionnelle « si (a), alors (b) » correspond à une implication (⊃). Toutefois, dans le cas où il n'y a ni une indication qui dit qu'avec la condition il doit y avoir d'autres conditions, ni une indication qui dit qu'au lieu de la condition il peut y avoir d'autres conditions, la proposition conditionnelle est en fait une « bi-conditionnelle » ; cela veut dire que l'implication vaut dans les deux sens : [« si (a), alors (b) » + « si (b), alors (a) »] ; il s'agit d'une équivalence (≡) qui se traduit par : « si et seulement si (a), alors (b) » [102].

(100) Plus précisément : on est devant une formule « *muṭlaḳa* ou encore *ghayr muḳayyada* » [= non déterminée].

L'absence des indications, dont on parlait il y a un instant, permet de conclure que : la loi (dans son ensemble) ne dit pas (ni expressément ni implicitement) : si *H* **et** *non H*, alors *P* [dans cette proposition : *H* est déterminé par : « et *non H* »] (nous prenons des notations qui nous seront utiles plus tard : H = hypothèse ; P = prescription) ;

qu'elle ne dit pas non plus (ni expressément ni implicitement) : si *H* **ou** *non H*, alors *P* [dans cette proposition : *H* est déterminé par : « ou *non H* »] ;

mais qu'elle dit : si *H*, alors *P* [dans cette proposition : *H* n'est pas déterminé] = (si *H* et seulement si *H*, alors *P*) = (*P* si et seulement si *H*).

(101) Voy. cette analyse chez : *M. R. al-Muẓaffar*, *op. cit.*, 1re partie, pp. 99-101 ; *J. Subḥānī*, *op. cit.*, T. I, p. 186 ; *ḳawā'id uṣūl al-fiḳh*, *op. cit.*, p. 199 ; *M. B. Ṣadr, Durūs fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), *al-Ḥalaḳa thāniya*, T. I, pp. 255 et s. Pour *M. B. Ṣadr*, le rapport entre l'antécédent et le conséquent doit être nécessaire (*lāzim*), causal (*'illī*) et exclusif (*inḥiṣārī*). Si le rapport est le fruit du hasard, ou s'il est nécessaire sans être causal, ou s'il causal sans être exclusif, dans tous ces cas le conséquent ne sera pas nié par la négation de l'antécédent car il peut y avoir un autre antécédent (l'auteur ajoute que c'est la prescription, en tant que genre « *tabi'at al-ḥukm* » et non pas en tant que quelque chose de singulier « *shakhṣ al-ḥukm* », qui doit avoir le rapport avec la cause exclusive).

(102) *Cf.* M. Ouelbani, *Introduction à la logique*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000, pp. 20 et 21 : « L'implication : ⊃ […] correspond à une condition de la forme "si cela…, alors ceci…". Elle se compose donc d'un antécédent et d'un conséquent, le premier conditionnant le second […] L'équivalence : ≡ […] est une bi-conditionnelle, c'est-à-dire que l'implication vaut dans les deux sens. L'antécédent implique le conséquent et le conséquent implique l'antécédent également. Elle se traduit par "si et seulement si…" ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 593 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Cette analyse de la proposition conditionnelle semble être transposable au droit français (etc.) (103). Autrement dit : elle peut être adoptée dans la méthodologie du droit occidental.

En outre, la même analyse permet de dégager une règle générale qui touche à toutes les idées ajoutées.

(103) S'il en est ainsi, c'est parce qu'on trouve, dans la langue française (etc.), une analyse semblable ou du moins très proche :

— O. DUCROT (*op. cit.*, pp. 17 et s) : « (1) Si Pierre vient, Jacques partira […] Dans la plupart des contextes imaginables, la personne qui entend (1) conclut non seulement que la venue de Pierre entraşne le départ de Jacques, qu'elle en est la condition suffisante, mais aussi qu'elle en est la condition nécessaire, que le départ de Jacques est subordonné à la venue de Pierre. Il serait considéré en effet comme assez anormal, ou comme mensonger, d'énoncer (1) si l'on ne pense pas :

(1 *a*) Si Pierre ne vient pas, Jacques ne partira pas.

Ou, sinon, il faudrait explicitement préciser que Jacques risque de toute façon, de partir. C'est sans doute cette habitude linguistique qui rend si difficile aux apprentis mathématiciens de distinguer les conditions nécessaires des conditions suffisantes ».

— J.-C. ANSCOMBRE et O. DUCROT (*op. cit.*, p. 100) : « la structure *Si p, q*, utilisée pour exprimer une relation de type implicatif, suppose que le locuteur non seulement déclare *q* nécessaire après *p*, mais présuppose, d'une façon générale, que les propositions du type de *p* sont des arguments en faveur des propositions de type *q*. *La Loi de Négation* (plus exactement la relation entre énoncés qui amène à formuler cette loi) exige donc qu'on ne puisse énoncer *Si p, q* sans reconnaştre aussi *non-p* comme un argument pour *non-q* ».

— A.-M. GARAGNON et F. CALAS (*La phrase complexe. De l'analyse logique à l'analyse structurale*, Collection « Ancrages », Paris, Hachette, 2002, p. 107) : « *L'implication conditionnelle* pose une condition nécessaire dans la relation entre l'assertion de la proposition *p* en vue de la conclusion *r*. *Si on s'acharne dans la vie, on réussit*. La conjonction *si* a ici une valeur de répétition. La négation de *p* entraşne obligatoirement la négation de *r* ».

— M. TUŢESCU (*L'argumentation. Introduction à l'étude du discours*, Univesitatea din Bucuresti 2003 : http://www.unibuc.ro/eBooks/Ils/MarianaTuţescu-Argumentation/1.htm, sous le titre : Argumentation, implicite et implications) : « Si Marc avait obtenu son doctorat d'État, sa mère eût été contente. Dans toutes ces situations, les énoncés *si P, (alors) Q* s'interprètent *si non P, (alors) non Q*, les usagers de la langue concevant *P* non seulement comme une condition suffisante de *Q*, mais aussi nécessaire, ou, au moins, très favorable ».

— C. KERBRAT-ORECCHIONI (*op. cit.*, pp. 40 et 180 et s.) : Si p, alors q → sens explicite : p est la condition suffisante de q (il est impossible que l'on ait à la fois p vrai, et q faux → Fréquemment, il y a à côté du sens explicite un sens implicite : p est aussi une condition nécessaire de q) = Le « si » a tendance à être interprété comme un « si et seulement si » : S'il fait beau, j'irai me promener/ S'il ne fait pas beau, je resterai chez moi.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 594 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

En effet, si l'idée ajoutée (comme c'est le cas de la condition exclusive) vient déterminer la prescription, on doit, pour le cas non mentionné, appliquer la prescription contradictoire.

Mais si l'idée ajoutée ne détermine pas la prescription (mais détermine autre chose dans la proposition), on ne saurait dire que, pour le cas non mentionné, on doit appliquer la prescription contradictoire (104).

Prenons, pour illustrer cette idée, l'exemple n° 1bis/3. Il concerne la disposition qui « oblige tous les jeunes gens à accomplir leur service militaire ». Si l'idée ajoutée « gens » (qualité) détermine la prescription (doivent accomplir leur service militaire), on doit appliquer au cas contradictoire (les filles) la prescription contradictoire (ne sont pas soumises au service militaire) (105). Mais si l'idée ajoutée ne détermine pas la prescription, on ne doit pas dire qu'il faut appliquer au cas non mentionné la prescription contradictoire.

À méditer l'idée ajoutée « gens » (et toute autre idée nommée « qualité »), on constatera qu'elle détermine le mot « jeune ». Ainsi, on ne peut pas soutenir, dans cette hypothèse, que le cas contradictoire doit recevoir la prescription contradictoire.

Ce qui vient d'être précisé peut concerner aussi l'idée ajoutée appelée « terme ».

39 — *L'idée ajoutée nommée « terme »*

Avant de traiter de la « précision », il faut relever d'abord qu'on rencontre ici les deux thèses :

Les auteurs qui adoptent la première thèse affirment qu'après le terme (*al-ghāya* = limite, bout, fin), on doit appliquer la prescription contradictoire. Soit l'exemple n° 3bis/1 : après l'application de la mesure éducative, les parents peuvent émanciper l'enfant sans autorisation du juge.

Pour les auteurs qui adoptent la seconde thèse, il y a un commencement et il y a une fin. La prescription mentionnée s'applique du commencement jusqu'à la fin. Après la fin, on revient à la prescription qui a précédé le commencement (c'est-à-dire à la prescription constituant principe ou origine) (106). Soit le même exemple : avant la

(104) *M. B. Ṣadr, Durūs fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), *al-Ḥalaḳa al- ūlā*, T. I, p. 105 ; *M. R. al-Muẓaffar*, *op. cit.*, 1re partie, pp. 107 et s.

(105) C'est d'ailleurs la position de l'auteur qui a donné cet exemple : C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), n° 33, p. 55.

(106) *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), p. 272.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 595 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

mesure éducative, l'enfant était régi par une prescription. Puis commence la mesure. À partir de ce moment et jusqu'à la fin de la mesure, l'art. 375-7 dispose que les parents ne peuvent émanciper sans autorisation du juge. Après la fin de la mesure, on revient à la prescription d'origine. Si celle-ci dispose que l'enfant peut être émancipé par les parents sans autorisation du juge, on appliquera cette solution (c'est une solution qui sera identique à celle tirée à partir de la première thèse). Mais si la prescription d'origine dit l'inverse (107), on l'appliquera. Cela donnera la solution suivante : après l'application de la mesure éducative, les parents ne peuvent émanciper l'enfant sans autorisation du juge.

Ainsi, adopter l'une des deux thèses peut avoir pour conséquence un changement de solution (108).

À ces deux thèses, un auteur apporte une « précision ». Il affirme que si le terme est comme la condition exclusive (il détermine la prescription), on doit, après le terme, appliquer la prescription contradictoire. Mais si le terme est comme la qualité (il ne détermine pas la prescription), on ne peut pas dire, qu'après le terme, on doit appliquer la prescription contradictoire (109). Le même auteur ajoute, qu'en l'absence d'indication, il est plus vraisemblable de soutenir la première solution (110).

À suivre le même auteur, cette première solution ne saurait être adoptée lorsque l'idée ajoutée est celle qui est nommée « quantité ».

40 — *L'idée ajoutée nommée « quantité »*

Ici il faut commencer par noter qu'on a soutenu aussi bien la thèse du « contradictoire » que celle du « principe » (111). Mais il faut ajouter qu'un auteur a précisé que si la détermination par la quantité a été faite en vue de fixer un seuil maximum, on ne doit pas aller au-delà de ce seuil. Ainsi, si le cas cité dans l'exemple n° 4bis/1 (art. 275-1

(107) L'art. 477, al. 2, du Code civil dispose : « Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y en a des justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un deux ».

(108) Voy. la même idée, mais dans le cadre de l'idée ajoutée « condition » : *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), p. 268.

(109) Voy. *M. R. al-Muẓaffar*, *op. cit.*, 1re partie, p. 111.

(110) Voy. *M. R. al-Muẓaffar*, *op. cit.*, 1re partie, p. 111. Il faut rappeler que l'on a rencontré Averroès soutenant que le terme est une qualité finale. Ceci laisse penser que le terme est assimilé à la condition et conduit à juger qu'il détermine la prescription.

(111) Voy. sur les deux thèses : *W. Zuḥaylī*, *op. cit.*, T. I, p. 365.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 596 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

du Code civil français) se présente devant nous, on dira que le juge ne peut fixer des modalités de paiement de plus de huit années. En dehors de cette hypothèse, on doit dire que la quantité en elle seule ne désigne pas que la prescription non mentionnée doit être un contradictoire (112).

L'idée ajoutée appelée « nom » nous met presque devant une seule thèse.

41 — *L'idée ajoutée appelée « nom »*

En effet, seule une minorité (113) a soutenu qu'on doit appliquer au cas non mentionné la prescription contradictoire. La majorité affirme que « tout ce qui peut se comprendre du nom c'est que la prescription mentionnée en elle-même (*shakhṣ al-ḥukm*) ne concerne pas celui qui ne porte pas le nom. Mais celui-ci peut être concerné par cette prescription en tant que genre (*tabi'ī al-ḥukm*) » (114). Ainsi, dans l'exemple n° 5bis/1, on ne saurait dire que les associations ne peuvent

(112) Voy. *M. R. al-Muẓaffar*, *op. cit.*, 1re partie, p. 115 ; *M. M. Yūnis 'alī*, *op. cit.*, p. 153.

(113) Il s'agit du *Shāf'ī Abū Bakr Daḳḳāḳ* et d'une minorité de « *fuḳahā'* ». Voy. *Abū Bakr Ibn al-'arabī, al- Maḥṣūl*, (en arabe), 1re éd., Omane, *Dār al-Bayāriḳ*, 1990, p. 106; *Abū al-Muḍaffar Sama'ānī, Ḳawāti'i al-adilla fī al-uṣūl* (en arabe), Beyrouth, *Dār al-kutub al-'ilmiya*, 1997, T. I, p. 239 ; *al-Djuwaynī, al-Burhān fī uṣūl al-fiḳh* (en arabe), 4e éd., *al-Manṣūra, al-Wafā'*, 1418 H., T. I, p. 301 ; *'abd al-Ḳādir Dimashḳī, al-Madkhal* (en arabe), 2e éd., Beyrouth, *Mu'assasat Risāla*, 1401 H, p. 277 ; *Shawkānī*, *op. cit.*, p. 308 ; *Zarkashī*, *op. cit.*, T. III, p. 107 ; *W. Zuḥaylī*, *op. cit.*, T. I, p. 367.

(114) *M. R. al-Muẓaffar*, *op. cit.*, 1re partie, p. 116 ; Voy. une solution différente dans : *K. Ḥaydarī*, *op. cit.*, T. II, pp. 131et s.

En laissant de côté cette solution différente, et en soulignant que, dans la détermination par la qualité, on a un sujet et on a la qualité de ce sujet ; et en affirmant que, dans la détermination par le nom, on n'a qu'une qualité (la qualité est le sujet), on peut alors dire :

détermination par la qualité	Raisonnement *a contrario* : ne pas appliquer (p) à (s), lorsque (q) fait défaut
(q) : qualité *(s) : sujet* *(p) : prescription*	Pour pouvoir ne pas appliquer (p) à (s), (s) doit être conservé dans le cas où (q) fait défaut
(s) (q) est (p)	Or, dans la détermination par le nom, (s) est (q) : si (q) n'existe pas, (s) n'existe pas ; et si (s) n'existe pas, il n'y a pas lieu à dire que (p) ne s'applique pas à (s)

Voy. *K. Ḥaydarī*, *op. cit.*, T. II, pp. 128 et s.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 597 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

acquérir des meubles (115). Mais si l'on adopte la thèse minoritaire on dira l'inverse.

En droit français, et pour l'exemple de l'art. 8 du Code civil qui dispose que : « Tout français jouira des droits civils » (Ex. 5bis/3), on a estimé que cela « *implique a contrario que tel n'est pas le cas des étrangers* » (116). C'est la position de Demolombe et de Marcadé (117). Mais, en droit romain et pour l'exemple du blé (5bis/5), on a soutenu la solution inverse (118). Il en est de même, en droit français, pour l'exemple de la donation faite à un incapable (5bis /4) (119).

C'est dire que ce qui a été soutenu en méthodologie du droit musulman a été aussi soutenu (ou presque) en droit français. Voilà pour l'idée ajoutée « nom », voici pour l'idée ajoutée « exception ».

42 — *L'idée ajoutée « exception »*

Concernant cette idée, il y a dans la méthodologie du droit musulman deux thèses :

La première thèse considère qu'il y a deux types d'exception : l'exception soustraite de son genre (Point de *divinité* à part *Allah*

(115) — Dans l'ex. 5bis/2, on ne dira pas que les non français n'ont pas de domicile. En France, au XIXes, on a interprété *a contrario* l'art. 102 du Code civil (Le domicile de tout français […] est au lieu […]) pour conclure que les étrangers n'ont pas de domicile. Ainsi on a adopté, pour l'idée ajoutée « nom », la thèse de la prescription contradictoire. Le résultat a été jugé absurde (H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 725). On en a tiré la conclusion que le raisonnement *a contrario* est dangereux. Il ne faut l'appliquer que « sur une disposition légale qui contient une solution restrictive et si l'on parvient, par exclusion négative, à une règle ramenant au principe » (*ibidem* ; voy. sur le même exemple : J. CARBONNIER, *op. cit.*, nº 156, p. 301). Si on soumet ce cas à certains auteurs de méthodologie du droit musulman, ils diront que la prescription (ont un domicile) en elle-même (*shakhṣ al-ḥukm*) ne concerne pas les étrangers. Mais que cette prescription en tant que genre (*tabi'ī al-ḥukm*) touche les étrangers.

— Dans l'ex. 5bis/3, on ne dira pas que les non français ne jouissent pas des droits civils.

— Dans l'ex. 5bis/4, on n'affirmera pas que les dispositions au profit du capable ne sont pas nulles.

— Dans l'ex. 5/1, on ne dira pas qu'on ne doit pas payer l'aumône sur la récolte de l'orge, du maïs et des autres céréales.

— Dans l'ex. 5bis/5, on ne dira pas qu'il n'est pas défendu d'exporter les autres céréales.

(116) N. GUIMESANES, *op. cit.*, nº 35.

(117) *Ibidem* (N. GUIMESANES, *op. cit.*, nº 35).

(118) Mario SBRICOLLI, *op. cit.*, p. 107.

(119) H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, pp. 725 et s.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 598 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

[Ex. 6/2] — Point de *savant* dans le pays à part *Paul*), et l'exception soustraite de ce qui n'est pas son genre (Ex. 6/1 : point de *mariage* à part le *mariage fait avec consentement*…).

Pour la seconde thèse, il n'y a qu'un seul type d'exception : l'exception tirée de son genre (120). Pour l'autre cas, il s'agit d'une condition (le consentement est une condition de validité du mariage). On lui appliquera ce qui a été dit pour celle-ci (121).

Les deux thèses s'accordent, par contre, sur la manière de traiter l'exception (122) :

■ Dans un *premier temps*, on doit déterminer :

□ D'un côté ce de quoi on a soustrait l'exception :

Ex. 6/2 : Point de divinité (parmi les *existants*) à part Allah.

Point de savant dans le pays (*les gens du pays*) à part Paul.

Ex. 6/1 : Point de mariage (*un mariage non déterminé*) à part le mariage fait avec consentement…

Ex. 6bis/1 : Toutes personnes (*un groupe de personnes non déterminées*) peuvent disposer et recevoir […] excepté celles que la loi en déclare incapables.

□ D'un autre côté ce qui a été soustrait, c'est-à-dire l'exception :

Ex. 6/2 : *Allah*

Paul

Ex. 6/1 : Le mariage conclu avec le consentement…

Ex. 6bis/1 : une personne déterminée : celle que la loi déclare incapable.

■ Dans un *second temps*, on doit dégager le sens explicite et le sens implicite :

□ Pour le *sens explicite* :

Si la proposition est positive (123) (Ex. 6bis/1), on doit dire que la prescription (peuvent disposer…) est *exclusive* positivement (peuvent) à ce de quoi on a soustrait l'exception (le groupe de personnes non déterminées).

(120) Voy. sur les deux thèses : *al-Āmidī*, *op. cit.*, T. I, 2e partie, pp. 313 et s.

(121) Voy. *al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* : *op. cit.*, p. 272.

(122) Voy. *M. R. al-Muẓaffar*, *op. cit.*, 1re partie, p. 112 ; *ḳawā'id uṣūl al-fiḳh 'alā madhhab al- imāmiya* : *op. cit.*, pp. 224 et s ; *al-Āmidī*, *op. cit.*, T.I, 2e partie, p. 330 ; etc.

(123) R. Blachère et M. Gaudefroy-Demombyne parlent de phrase affirmative (*op. cit.*, p. 406).

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 599 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Si la proposition est négative (Ex. 6/1, etc.), on doit affirmer que la prescription (on le considère comme mariage ou encore on considère le contrat comme valable) concerne *uniquement* et d'une manière négative (non validité) ce de quoi on a soustrait l'exception (un mariage non déterminé).

□ Pour le *sens implicite* (124) :

Si *la proposition est positive*, on doit prévoir, pour l'exception (la personne déclarée par la loi incapable), le contradictoire de la prescription donnée à ce de quoi on a soustrait l'exception (ne peuvent pas disposer). S'il en est ainsi, c'est parce que *l'exception à une affirmation est une négation* (125).

Si *la proposition est négative*, on doit prévoir, pour l'exception (le mariage fait avec le consentement…), le contradictoire de la prescription donnée à ce de quoi on a soustrait l'exception (non non validité = validité [La négation de la négation est affirmation]). S'il en est ainsi, c'est parce que *l'exception à une négation est une affirmation* (126).

En droit français, et même si on ne fait pas toutes ces analyses, on arrive quand même à des résultats proches. En effet, dans ce droit, on part de la maxime : *exceptio firmat regulam in casibus non exceptes* (127). Et on distingue entre les « *exceptions formelles*

(124) Certains affirment qu'il s'agit là aussi d'un sens explicite. Voy. *ḳawā'id uṣūl al-fiḳh 'alā madhhab al- imāmiya* : *op. cit.*, p. 224. Notons également qu'en parlant de deux sens, on affirme par cela même qu'une proposition « exceptive » n'est une qu'en apparence. En réalité, il s'agit de deux propositions. *Cf. Shaykh Muḥammad Riḍā al-Muẓaffar, al-Manṭiḳ* (= La logique) (en arabe), Beyrouth, *Dār Ta'āruf li al-maṭbū'āt*, 1995, p. 436. D'ailleurs, tout le problème du raisonnement *a contrario* est de savoir si, face à une proposition, on peut ou on ne peut pas dire que son auteur a entendu annoncer deux propositions.

(125) *Shihāb al-dīne ḳarāfī, al-'istighnā' fī al-'istithnā'* (en arabe), 1re éd., Beyrouth, *Dār al-kutub al 'ilmiya*, 1986, pp. 445 et s. ; *Sayyid Khumaynī, Manāhidj al-wuṣūl 'ilā 'ilm al-uṣūl* (en arabe), 1re éd., *Qom*, *Mu'assasat tanẓīm wa nashr 'āthār al-Imām Khumaynī*, 1414 H, 2e partie, p. 225.

(126) *Abū ḥanīfa* n'est pas de cet avis. Pour lui, entre « juger négativement » et « juger positivement », il y a « ne pas pas juger ». Dès lors, l'exception n'a pas reçu une prescription ni négative ni affirmative. *al-Rāzī, al-Maḥṣūl fī'ilm al-uṣūl* (en arabe), 2e éd., Beyrouth, *Mu'assasat Risāla*, 1996, T. III, p. 39.

(127) L'exception confirme la règle (voy. H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, p. 236). Mais il faut préciser que l'exception confirme la règle *pour les cas non exceptés* (voy. « exception » dans Le Petit Robert 1).

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 600 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

annoncées par "cependant", "néanmoins" ou autres expressions analogues […] *(et les) exceptions virtuelles dérivant de la nature de la disposition légale en ce qu'elles établissent un privilège, une incapacité, une déchéance* »[128].

Ce qui nous intéresse ici ce sont les exceptions formelles. On en a déjà donné des exemples (les ex. 6bis) et on peut leurs ajouter d'autres[129].

Mais au-delà des exemples et des applications, on constate, pour ce qui est du procédé d'interprétation, que le droit français est proche du droit musulman.

Ce constat a été fait pour les autres types d'idées ajoutées. En effet, on peut résumer ce qui a été soutenu en méthodologie du droit musulman dans les termes suivants : ou bien la prescription non mentionnée est un contradictoire, ou bien elle constitue ce qui est principe ou origine. Le droit français n'est pas loin de ces deux solutions.

43 — La prise en considération de ces deux solutions conduit au résultat suivant : la définition du raisonnement *a contrario*[130] doit recevoir un second changement[131]. En effet, on doit dire que ce raisonnement consiste :

dans certains cas à conclure d'une contradiction des cas (ou encore des prémisses ou hypothèses) à une contradiction dans les prescriptions (ou encore dans les conséquences ou solutions)[132] ;

(128) « la maxime exige que les exceptions soient contenues, dans les limites du texte (le droit commun étant l'égalité, la capacité, la liberté) et interdit catégoriquement toute création d'exceptions en dehors d'une disposition légale précise […] (Ainsi) l'institution contractuelle est d'interprétation stricte, parce qu'elle déroge, à la fois, à la règle "donner et retenir ne vaut" et à la prohibition des pactes sur succession future ; l'obligation dans tous les baux, commerciaux, ruraux, d'habitation, d'insérer une clause pour autoriser le locataire à sous-louer ou céder son bail est de droit étroit puisqu'elle s'oppose à la règle de droit commun inscrite à l'art. 1717 du Code civil ». H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, p. 237.

En droit musulman, on peut citer, dans ce même ordre d'idée, l'art. 14 de la *Madjalla* ottomane. Mais ce texte doit être lu avec d'autres dispositions (art. 15-17-18).

(129) Art. 906, al. 3, du Code civil français — art. 907, al. 3, du même Code — etc.

(130) Voy. cette définition : *supra* nº 2.

(131) Voy. le premier changement : *supra* nº 34.

(132) J.-F. Richard (sous le mot : « raisonnement (philo. géné) », *Encyclopédie Philosophique Universelle*, *op. cit.*) a mis, pour le raisonnement *a contrario*, le schéma d'inférence suivant : ***x*** (le cas mentionné) *et y* (le cas non mentionné) sont *opposés, donc xi* (la prescription mentionnée s'appliquant au cas mentionné) *et yi* (la prescription non mentionnée s'appliquant au cas non mentionné) *qui en découlent doivent l'être*.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 601 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

dans d'autres cas à conclure, selon les thèses en présence, d'une contradiction des cas ou bien à une prescription contradictoire ou bien à une prescription constituant principe ou origine (133).

Mais, à ces solutions, il faut joindre certaines choses qui les complètent.

§ 2. — *Le complément des solutions*

44 — Dans la méthodologie du droit musulman, on a affirmé — pour les idées ajoutées : qualité (134), condition (135), terme (136) et quantité (137) — que s'il y a une indication sur la prescription à appliquer au cas non mentionné, on doit suivre cette indication (138). Autrement dit, on doit donner au cas non mentionné la prescription voulue par l'auteur de la proposition interprétée (139).

On peut, sur la base de ce que vient de dire J.-F. RICHARD, mettre le même schéma d'inférence. Toutefois, on changera le terme « opposé ». On changera également la notation pour adopter celle qui a été choisie dans le corps de notre texte :

H et *non H* sont contradictoires, donc *HP* et (*non H*) *P* qui en découlent doivent l'être.

(133) On peut, sur la base de ce qui vient d'être dit (note précédente), mettre le schéma d'inférence suivant :

H et *non H* sont contradictoires, donc (*non H*) *P* doit être un principe.

(134) *M. R. al-Muẓaffar, Uṣūl al-fiḳh* (*op. cit.*), 1re partie, p. 107.

(135) *M. R. al-Muẓaffar, Uṣūl al-fiḳh* (*op. cit.*), 1re partie, p. 97.

(136) *M. R. al-Muẓaffar, Uṣūl al-fiḳh* (*op. cit.*), 1re partie, p. 111.

(137) *M. R. al-Muẓaffar, Uṣūl al-fiḳh* (*op. cit.*), 1re partie, p. 115.

(138) Voy. aussi : *Khān Bahādur* (*Ṣiddīḳ Ḥasan Khān*), *Mukhtaṣar ḥuṣūl al-ma'mūl min 'ilm al-uṣūl* (en arabe), 1re éd., Le caire, *Dār Ṣaḥwa*, 1985, pp. 93 et s.

(139) S'il s'agit d'un texte de loi, on peut, par exemple, trouver un indice dans les travaux préparatoires. On peut aussi trouver cet indice dans un autre texte. Dans cette dernière hypothèse :

On a un premier texte qui dit : *H* est *P* ; le cas non mentionné sera donc : *non H*. D'après les analyses faites dans le titre précédent — et si on adopte par exemple la thèse du contradictoire — on aura comme solution dégagée par le raisonnement *a contrario* : *non H* est *non P*.

On a aussi un second texte qui dit explicitement : *non H* est *P*. À travers ce texte, on a l'indice sur l'intention du législateur. On doit alors faire valoir cette intention (l'explicite prime sur l'implicite : *'a. Ṣūla*, *op. cit.*, p. 304) et écarter le sens qui a été dégagé par le raisonnement *a contrario*.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 602 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Cette même affirmation peut être soutenue en droit français (etc.) et donc en méthodologie du droit occidental. En effet, la fonction de l'interprétation c'est de donner au texte le sens voulu par son auteur[(140)].

Toutefois, on peut se trouver devant le cas où un indice (du genre dont on parlait il y a un instant) sur ce qu'a voulu le législateur fait défaut. Doit-on alors raisonner *a contrario* pour arriver, selon les thèses, à une prescription contradictoire ou à une prescription constituant principe ?

Notons qu'il est possible aussi que l'indice témoigne que l'intention du législateur est de donner au cas contradictoire la solution contradictoire (*Cf.* C. KERBRAT-ORECCHIONI, *op. cit.*, p. 187). Dans le Code civil français, on peut citer l'ex. des art. 388 et 488 : le premier texte dit : « Le mineur est l'individu […] qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis » ; quant au second il dit que le majeur est celui qui a dix-huit ans accomplis. Voy. un exemple pris d'un domaine non juridique : C. KERBRAT-ORECCHIONI, *op. cit.*, pp. 121 et s. Voy. aussi sur ce phénomène linguistique de phrases miroirs où l'on trouve que le « dit » dans une phrase est le « non-dit » dans l'autre (dans notre exemple : le « dit » dans l'art. 388 est le « non-dit » dans l'art. 488 / le « dit » dans l'art. 488 est le « non-dit » dans l'art. 388) : *'a. Ṣūla*, *op. cit.*, pp. 393 et s. et pp. 433 et s. Ici, le même contenu a été dit deux fois : une première fois d'une manière implicite et une seconde fois d'une manière explicite. Par la redondance, on réalise plusieurs buts (Ibid. pp. 440 et s.). Parmi ces buts se trouve la clarté. En effet, « de même que ce qui va sans dire va mieux en le disant, de même ce qui va en le disant implicitement va mieux en le disant explicitement — pour un discours du moins dont l'objectif est de se conformer (ce qui n'est pas toujours, loin de là, le cas) à la 4e maxime de Grice : "Soyez clair" ». C. KERBRAT-ORECCHIONI, *op. cit.*, p. 56.

(140) Si on s'accorde qu'un texte est une volonté qui a pris forme, et si on s'accorde aussi qu'interpréter c'est rendre compte (c'est-à-dire, si on s'accorde que l'auteur du texte a des droits contre l'interprète), on s'accorde par cela même que la fonction de l'interprète est de donner au texte le sens voulu par son auteur. *Cf.* : G. CORNU, *Linguistique juridique*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 39 ; L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (sous la direction de), *op. cit.*, p. 157 ; F. D. E. SCHLEIERMACHER, *Herméneutique*, Traduction et introduction de Marianna SIMON. Avant-propos de J. STAROBINSKI, Genève, Labor et Fides, 1987, p. 49 ; *Mushīr Bāsīl 'ūn, al-fasāra al-falsafiyya* (en arabe), 1re éd., Beyrouth, *Dār al-mashriḳ*, 2004, p. 72 ; Umberto ECO, *Les limites de l'interprétation*, traduit de l'italien par Myriem Bouzaher, Paris, Grasset et Fasquelle, 1992, pp. 29 et s. ; P. CHARAUDEAU, *Langage et discours. Éléments sémiologiques*, Paris, Hachette, 1983, p. 24 ; A. REBOUL et J. MOESCHLER, *La pragmatique aujourd'hui. Une nouvelle science de la communication*, Paris, éd. du Seuil, 1998 (trad. arabe de *Sayf-ddīn Daghfūs* et *Muḥammad Shaybānī, Tadāwuliyya al-yawm.'ilm djadīd fī-tawāṣul, al-Munaẓama al-'arabiyya li-tardjama*, Beyrouth, 2003, p. 22) ; C. KERBRAT-ORECCHIONI, *op. cit.*, pp. 313 et s. : cité par *Yaḥyā Ramaḍān*, *op. cit.*, p. 101, note 1.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 603 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

En droit français, on peut, nous semble-t-il, comprendre de certains auteurs (141), que si le cas « mentionné » a été « mentionné » parce qu'il est le moins évident, le moins acquis, le plus douteux ou le plus important (on peut ajouter : ou le plus courant (142), etc.)… si le cas « mentionné » a été « mentionné » pour ces raisons, on ne peut pas dire qu'on doit faire jouer la règle : *qui dicit de uno negat de altero* (poser l'un, c'est exclure l'autre). Autrement dit, il n'y a pas lieu nécessairement a raisonnement *a contrario* à cause de cette indication (constituée par l'une de ces raisons) (143).

Il est à noter que cette indication diffère de celle dont on a parlé plus haut. Là-bas, l'indice fournit directement la prescription à appliquer au cas « non mentionné » ; mais ici l'indice conduit tout simplement à dire qu'il n'est pas nécessaire de raisonner *a contrario* sur le cas mentionné. Cela veut dire qu'il revient à l'interprète de dégager la prescription à appliquer au cas non mentionné. Mais comment va-t-il y parvenir ?

Certains auteurs de la méthodologie du droit musulman (144) répondent à cette question en distinguant deux hypothèses :

La première hypothèse est celle où le cas non mentionné mérite plus que le cas mentionné qu'on lui applique la prescription mentionnée. C'est là une indication sur la prescription à mettre en œuvre. Et là où il y a indication, il faut la suivre.

La seconde hypothèse est l'opposée de la première. Elle est constituée de deux sous hypothèses :

La première sous hypothèse est celle où le cas non mentionné est semblable au cas mentionné (145). Il s'agit là d'une indication sur la

(141) En matière d'interprétation de contrat (DUPICHOT, *op. cit.*, p. 189, note n° 44. Voy. aussi dans la même matière : F. LAURENT, *op. cit.*, T. XVI, n° 513 [LAURENT parle de meuble et d'immeuble]. Sur le même exemple : voy. POTHIER, *op. cit.*, n° 100).

Mais ce qui se dit du contrat peut être dit à propos de la loi. Voy. sur la loi : G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), p. 167 (il parle de meuble et d'immeuble) ; H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 725.

(142) *M. R. al-Muẓaffar, Uṣūl al-fiḳh* (*op. cit.*), 1re partie, p. 107.

(143) H. ROLAND et L. BOYER (*op. cit.*, p. 725) disent que « l'énumération légale peut n'être faite qu'à titre énonciatif et n'avoir qu'une valeur démonstrative ». *Cf. al-Ghazālī, al-Mustaṣfā fī'ilm al-uṣūl* (*op. cit.*), pp. 265 et s.

(144) Voy. *al-Āmidī*, *op. cit.*, T. II, 1re partie, pp. 79 et s.

(145) Ou encore la cause, qui a conduit le législateur à adopter telle prescription pour tel cas, se rencontre dans le cas non mentionné.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 604 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

prescription non mentionnée. Et là où il y a indication, il faut la suivre (146).

La seconde sous hypothèse est l'opposée de la première (147). Ici on n'a pas d'indication du type qui vient d'être cité. Et là où il n'y a pas ce type d'indication, on raisonne *a contrario* (148).

Prenons, pour illustrer ces analyses d'auteurs de la méthodologie du droit musulman, un exemple (149) du droit de la famille romano-germanique cité dans plusieurs textes de doctrine (150) : Un arrêté régissant le trafic d'une compagnie de chemin de fer prescrit qu'il est interdit d'emmener des chiens dans les compartiments. Si un voyageur emmène un ours, on sera dans la première hypothèse. S'il emmène une grande caisse qui occupe la place de quelques voyageurs, nous serons dans la première sous hypothèse. Mais s'il porte avec lui une petite caisse, on sera dans la seconde sous hypothèse.

Les analyses de la méthodologie du droit musulman peuvent se rencontrer, sous une autre forme, en droit français (etc.) et donc en

(146) Il n'y a pas lieu à raisonner *a contrario* lorsque le cas mentionné et le cas non mentionné sont semblables. Voy. *'a. Dimashkī*, *op. cit.*, p. 369.

Pour cette première sous hypothèse, mais aussi pour la première hypothèse, il serait intéressant de faire le rapprochement avec C. KERBRAT-ORECCHIONI (*op. cit.*, p. 45) lorsqu'elle a parlé de « quelque chose » qui vient bloquer l'émergence du sous-entendu. Le « quelque chose » dans la première sous hypothèse par exemple, c'est la similitude entre le cas mentionné et le cas non mentionné. Cette similitude vient empêcher le recours au raisonnement *a contrario*.

(147) Ou encore la cause qui a conduit le législateur à adopter telle prescription pour tel cas ne se rencontre pas dans le cas non mentionné.

(148) Il n'y a pas lieu à raisonner par analogie lorsque le cas mentionné et le cas non mentionné ne sont pas semblables. Voy. *'a. Dimashkī*, *op. cit.*, p. 369. Voy. aussi : *'abd Assalām Aḥmad Ibn 'abd al-Ḥalīm Āl Taymiya, al-Musawada* (en arabe), Le Caire, *al-Madanī*, p. 314.

(149) Dans la méthodologie juridique musulmane, on peut trouver l'exemple suivant : le texte dit : vous devez honorer « *Zayd* » parce qu'il est pieux (par exemple). « *Amr* » est plus pieux que « *Zayd* » (c'est la première hypothèse). « *Amr* » n'est pas plus pieux que « *Zayd* » (c'est la seconde hypothèse). Dans ce cas, ou bien il est à égalité avec « *Zayd* » (c'est la première sous hypothèse) ou bien il est moins pieux que « *Zayd* » (c'est la seconde sous hypothèse). *Cf. Shawkānī*, prec, pp. 307 et 362.

(150) C'est un exemple posé par VON IHERING (Voy. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, nº 237). L'exemple se trouve aussi dans : F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *Interprétation en droit*, Pub. des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 124 ; C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), nº 32, p. 53.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 605 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

méthodologie du droit occidental. Prenons l'exemple de Georges Kalinowski. Cet auteur dit[151] que, dans un texte, on sous-entend :

en cas d'argument *a maiori ad minus*[152] la clause : « au maximum »[153] ;

en cas d'argument *a minori ad maius*[154] la clause : « au minimum »[155] ;

(151) G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), p. 170.

(152) *Qui potest plus potest minus* : qui peut le plus peut le moins.

(153) « L'article 2265 du Code civil […] permet à celui qui possède à juste titre et de bonne foi un bien immeuble d'en acquérir la propriété par prescription de 10 ou de 20 ans […] On admet qu'il est également permis d'acquérir dans les mêmes conditions d'autres droits réels, l'usufruit par exemple et une servitude. Comment cette interprétation extensive se justifie-t-elle ? Tout d'abord l'interprète dût examiner à la lumière des principes suprêmes et d'autres règles extra-logiques d'interprétation de droit admis par le système juridique français l'opportunité et la rectitude juridique de la réponse positive. Convaincu de l'une et de l'autre, il admis — et c'est en cela que consiste l'essentiel de l'argumentation *a maiori ad minus* — que l'art. 2265 sous-entend, après les termes signifiant la permission d'acquérir le droit de propriété d'un immeuble dans les conditions indiquées plus haut, l'expression "ainsi que tout autre droit réel 'moins important' que celui de la propriété" […] si à la fois p (art. 2265) et q (le sous-entendu), alors q […] À partir de ce moment l'opération de l'interprétation obéit à une règle de syllogisme normatif, comme le montre le raisonnement suivant :

Tout sujet de droit peut acquérir tout droit réel moins important que […]

or toute acquisition d'un usufruit ou d'une servitude est l'acquisition d'un droit réel moins important que […]

Donc tout sujet peut acquérir un usufruit […]

"Si tous les X peuvent faire A, et tout B est A, alors tous les X peuvent faire B" ». G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), pp. 163 et s.

(154) Qui ne peut le moins ne peut le plus.

(155) « Le Code civil […] enlève à l'interdit l'exercice des droits privés. On admet qu'il le prive à plus forte raison de celui des droits politiques […] Ce sont des règles extra-logiques qui déterminent cette interprétation, en particulier la supposition sur laquelle se fonde et qui considère comme sous-entendue dans la norme interprétée l'expression "ni d'autres droits 'plus importants' que les droits privés". Une fois autorisée l'interprétation de la norme en question par voie de l'argumentation *a minori ad maius* et construite sa prémisse majeure, l'interprète raisonne selon la règle logique garantie par une loi de la logique déontique […] Si aucun X ne doit faire A et tout B est A, alors aucun X ne doit faire B. Voici le raisonnement en question :

Aucun interdit ne doit exercer des droits plus importants que les droits privés.

Or, les droits politiques sont "plus importants" que les droits privés.

Donc aucun interdit ne doit exercer les droits politiques ». G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), pp. 164 et s.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 606 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

en cas d'argument par analogie la clause : « tous les cas appartenant à la même espèce »[156] ;

en cas d'argument *a contrario* la clause restrictive : « seulement »[157].

Ainsi, on rejoint (par une autre voie) la première hypothèse de la méthodologie du droit musulman. On rejoint aussi (par une autre voie) la seconde hypothèse et par cela même les deux sous hypothèses. Il ne reste plus qu'à ajouter l'idée d'hiérarchie. Les germes de cette idée peuvent être rencontrés, nous semble-t-il, chez certains auteurs[158].

(156) Pour ce qui est du raisonnement par analogie dans la méthodologie scientifique, PERELMAN a écrit : « l'analogie pose une proportion : *a* est à *b* comme *c* est à *d*. Il s'agit d'éclairer au moyen d'une relation connue (*c* est à *d*) et que nous appelons le phore, une relation moins connue (*a* est à *b*), qui est le thème du discours ». C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), p. 129. Voy. aussi : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), pp. 499 et s.

Pour ce qui est maintenant du raisonnement par analogie en droit, Kalinowski a écrit : « Le nerf de l'argument par analogie se trouve dans le jugement de valeur portant sur l'égalité de la valeur juridique des faits comparés. S'ils sont reconnus de valeur égale, l'interprète du droit raisonne déductivement : Les faits ayant du point de vue juridique la même valeur entraînent les mêmes conséquences juridiques. Or, les faits A et B sont d'égale valeur juridique. Donc l'un et l'autre entraînent les mêmes conséquences juridiques […]. L'interprète (admet) que le législateur ayant réglé expressément tel et tel cas concret a en réalité réglé tacitement tous les autres cas de la même espèce […]. L'article 6 de la loi du 1er juillet 1901 […] autorise […] les associations déclarées à acquérir […] les immeubles nécessaires à l'accomplissement (de leur) […] but […] en s'inspirant des règles extra-logiques […] on peut admettre […] que le législateur ne parle que des biens immeubles parce qu'ils lui paraissent les plus importants, mais qu'on les nommant il donne un exemple de ce qui est permis aux associations déclarées et consent, quoique tacitement, à ce que les associations […] puissent acquérir […] tant les biens meubles et les valeurs mobilières que les immeubles, pourvu que les uns et les autres soient nécessaires à la réalisation du but de ces associations […] déductivement : Toute association déclarée peut acquérir […] tout bien nécessaire […]. Toute acquisition […] d'un meuble […] nécessaire pour une association […] est une acquisition […] d'un bien […] nécessaire à la poursuite de son but. Donc toute association […] peut acquérir […] tout bien meuble […] nécessaire à la poursuite de son but ». G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), pp. 165-167. Voy. aussi sur l'analogie : J.-L. BERGEL (sous la direction de), *Analogie et méthodologie juridique*, *R.R.J.*, 1995-4.

(157) L'interprète, s'il sous-entend dans le texte l'expression quantifiante (seulement ou l'un de ses synonymes : uniquement, exclusivement, etc.), il applique alors l'argument *a contrario*. G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), pp. 168 et s.

(158) On a déjà cité ces auteurs. Il s'agit de : DUPICHOT, *op. cit.*, p. 189, note n° 44 ; F. LAURENT, *op. cit.*, T. XVI, n° 513 ; G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), p. 167 (il parle de meuble et d'immeuble) ; H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 725. À ces auteurs, il faut, peut-être, ajouter M.-L. MATHIEU-ISORCHE (*op. cit.*, pp. 169 et s.).

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 607 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

45 — Dès lors, on peut dire dans la méthodologie du droit musulman, et peut être aussi dans la méthodologie du droit occidental (droit français, etc.), qu'on ne saurait raisonner *a contrario*, s'il y a lieu de raisonner *a fortiori* ou par analogie. Pour étaler cette idée on va dresser, pour ces trois types de raisonnement, des schémas d'inférence, c'est-à-dire des moules à raisonnement (159) :

Pour *l'argument a fortiori*, il est dit qu'il repose sur le schéma suivant :

H est *y*.

Or, relativement à ce qui est en question (relativement à *y*), *non H* est plus que *H*.

Donc, a fortiori *non H* est *y* (160).

Ainsi, pour l'exemple cité plus haut, on dira : Le chien gêne les voyageurs/ Or, relativement à ce qui gêne, l'ours est plus que le chien/ Donc, *a fortiori* l'ours gêne (161).

Pour *l'argument par analogie*, on peut dire qu'il repose sur le schéma suivant :

H est *y*.

Or, relativement à *y*, *non H* est égal à *H*.

Donc, *non H* est *y*

Remplaçons les variables par des termes concrets : Le chien gêne les voyageurs/ Or, relativement à ce qui gêne, une grande caisse est égale au chien/ Donc, une grande caisse gêne (162).

(159) « En ce sens que si, […] "dans le schéma", on remplace les variables par des termes concrets, le raisonnement sera correct ». R. BLANCHÉ, mot : « raisonnement », *Encyclopædia Universalis* (*op. cit.*).

(160) (Ed.), mot : « *A fortiori* (argument-) (philo géné) », *Encyclopédie philosophique universelle*, *op. cit.* : « Il ne s'agit pas d'une augmentation logiquement valide, puisqu'elle ne repose pas sur la forme mais sur le contenu ».

(161) À partir de l'interdiction d'emmener des chiens (*H* est *P*), l'interprète passe à une disposition générale : toute chose qui gêne est interdite (*Tout y est P*). Puis il trouve que l'ours gêne plus que le chien. Alors, il conclut à l'interdiction d'emmener des ours (*non H* est *P*).

Autrement dit :

H est *P* car *H* est *y* → *non H* est *P* car *non H* est *y*.

(162) À partir de l'interdiction d'emmener des chiens (*H* est *P*), l'interprète passe à une disposition plus générale : toute chose qui gêne est interdite (Tout *y* est *P*). Puis, trouvant la grande caisse comme quelque chose qui gêne, il conclura à l'interdiction (*non H* est *P*).

Autrement dit :

H est *P* car *H* est *y* → *non H* est *P* car *non H* est *y*.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 608 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Pour *l'argument a contrario*, on peut dire qu'il repose sur le schéma suivant :

H est *y* :

Or, relativement à *y*, *non H* n'est ni plus que *H* ni égal à *H*.

Donc, *non H* n'est pas *y*.

Après avoir remplacé les variables, on aura : Le chien gêne/ Or, relativement à ce qui gêne, la petite caisse n'est ni plus que le chien ni égale au chien/ Donc, la petite caisse ne gêne pas (163).

Ainsi la loi est « considérée comme un exemple d'une règle qui concerne le genre tout entier » : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), p. 325. *Cf.* M.-L. MATHIEU-ISORCHE, *op. cit.*, p. 415.

Notons qu'*Ibn taymiyya*, à cause de ce qui vient d'être dit, nie l'existence d'une différence entre : l'induction (passage du particulier au général), la déduction ou le syllogisme catégorique (passage du général au particulier) d'une part et le raisonnement par analogie (passage du particulier « chien » à un autre particulier « grande caisse ».) de l'autre part. En effet, dans le raisonnement par analogie, on passe du particulier au général (toute chose qui gêne est interdite), puis on revient au particulier. Il y a ici deux mouvement : une induction, puis une déduction (*Arrad 'alā al-mantiḵiyyīn* (en arabe), 1re éd., *Dār al-fikr al- lubnānī*, 1993, T. I, pp. 203 et s. ; *Cf.* : G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique* (*op. cit.*), pp. 148 et s. : « certain logiciens affirment que le raisonnement par analogie […] (est) la combinaison d'un raisonnement par induction amplifiante et d'un raisonnement déductif »). Voy. aussi : G. CORNU (« Le règne discret de l'analogie », *R.R.J.*, 1995-4, p. 1069) : « L'analogie est déduction après induction ». Voy. cependant, pour le raisonnement dans les circonstances ordinaires, J. S. MILL (Logique, II, chap. III, § 3) lorsqu'il dit : « Toute inférence est du particulier au particulier […] (p. 43) Une induction des faits particuliers aux faits généraux, suivie d'une déduction syllogistique de ces faits généraux à des faits particuliers, est une forme dans laquelle nous pouvons toujours à volonté exposer nos raisonnements. Ce n'est pas la forme dans laquelle nous *devons*, mais dans laquelle nous pouvons raisonner, et dans laquelle il est indispensable de présenter notre raisonnement lorsqu'il y a quelque doute sur sa validité. Mais dans les circonstances ordinaires, pour les cas peu compliqués, et lorsqu'il n'y a pas de soupçon d'erreur, nous pouvons raisonner et nous raisonnons, en fait, immédiatement des cas particuliers connus aux cas particuliers non connus ».

(163) À partir de l'interdiction d'emmener des chiens (*H* est *P*), l'interprète passe à une disposition générale : toute chose qui gêne est interdite (Tout *y* est *P*). Puis, trouvant que la petite caisse ne gêne pas, il ne lui appliquera pas la prescription qui figure dans la disposition générale (*non H* n'est pas *P*).

Autrement dit :

H est *P* car *H* est *y* → *non H* n'est pas *P* car *non H* n'est pas *y*.

L'interprète appliquera alors, selon les cas et les thèses en présence, soit le contradictoire [(de cette prescription) (*non H* est *non P*) (ici la loi est « conçue comme une exception à une règle sous-entendue concernant le genre » : C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), p. 325.)] soit la prescription constituant principe ou origine.

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 609 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

46 — De tout ce qui précède, il ressort que pour la méthodologie du droit musulman, mais aussi, et dans une certaine mesure, pour les auteurs qui ont écrit sur le droit français :

S'il y a indice indiquant directement l'intention du législateur (on trouve cet indice dans un autre texte, etc.), il faut appliquer au cas non mentionné ce qu'a voulu l'auteur du texte.

S'il n'y a pas ce genre d'indice, il faut faire les distinctions suivantes :

Si le cas non mentionné mérite plus qu'on lui applique la prescription mentionnée, on doit lui appliquer cette prescription.

Si le cas non mentionné est semblable au cas mentionné, on doit appliquer au cas non mentionné la prescription du cas mentionné.

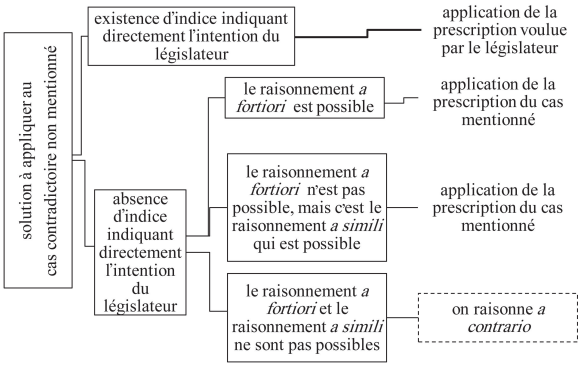
Si ces deux éventualités ne se présentent pas, on doit raisonner *a contrario*.

Ainsi, on peut parler, dans la méthodologie du droit musulman et dans une certaine mesure dans la méthodologie du droit occidental représentée par les auteurs français, d'un processus interprétatif qui consiste en une suite d'étapes (164) : dans une première étape, on cherche l'intention directe de l'auteur du texte ; à défaut, on raisonne *a fortiori* ; si cela n'est pas possible, on raisonne par analogie ; enfin, dans une dernière étape et si les conditions du raisonnement par analogie font défaut, on passe au raisonnement *a contrario*. Il y a donc une hiérarchie entre ces trois types de raisonnement (165).

47 — Toutefois, et cela peut être dit dans la méthodologie du droit musulman et dans la méthodologie du droit occidental, l'interprète,

(164) *Cf.* J. MOESCHLER et A. REBOUL, *Dictionnaire encyclopédique de pragmatique*, Paris, Seuil, p. 129.

(165)



003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 610 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

en se basant sur des arguments juridiques, économiques, politiques, etc., peut choisir (166) un raisonnement plutôt qu'un autre (167). On peut illustrer cette idée par trois exemples :

— Premier exemple (Ex. 5bis/5) : « Les statuts des villes italiennes fixaient […] la défense d'exporter le blé […] les juristes changeaient d'interprétation selon les conditions d'approvisionnement » (168). Dans les périodes de surproduction, on dit des autres céréales qu'elles *ne sont pas ni plus ni égales* au blé, et on ne leur applique donc pas l'interdiction. Mais dans les périodes de disette ou de famine, on affirme que les autres céréales sont *comme* le blé (169) et on leur applique l'interdiction (170).

— Deuxième exemple : Il se rapporte à l'article 911, al. 1er, du Code civil (Ex. 5bis/4). Ce texte dit : « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ». On peut interpréter ce texte « *a contrario* et conclure que les donations déguisées sont valables dès l'instant que le donataire est capable de recevoir. Mais on peut tout aussi bien dire que la condam-

(166) Notons que cela ne contredit pas l'idée d'hiérarchie mais il la précise.

(167) Pour C. PERELMAN (*Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 402) : « Il y a […] lacune et non une antinomie, chaque fois que le juge peut choisir entre une interprétation *a pari* et *a contrario*, comme dans les cas signalés par M. HUBERLANT, ainsi que dans ceux signalés par M. BOBBIO, dans son exposé relatif aux critères de solution d'antinomies ».

(168) M. SBRICCOLI, *op. cit.*, p. 107.

(169) « En réalité, c'est chaque fois un jugement de valeur qui se cache sous les procédés d'interprétation. D'un point de vue logique, tous ces procédés ne sont que des approximations. Ceci est particulièrement clair dans le procédé d'analogie fondé non sur l'identité, mais seulement sur la similitude des situations ; ce même état des choses apparaît encore dans le fait qu'on peut retourner facilement l'argument d'analogie en un argument *a contrario* et vice-versa […]. Beaucoup dépendra donc des conceptions morales, sociales et économiques du juge. Il se fait ainsi que l'interprétation exige, en plus de l'intelligence, une grande honnêteté intellectuelle et morale, sinon elle verse dans l'abus des procédés d'interprétation ». P. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 354 et 355. *Cf.* C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), p. 325.

(170) Notons que nous avons changé un peu l'exemple. Voilà ce que dit Mario Sbriccoli : « […] ils donnaient une interprétation restrictive (« la défense concerne seulement le blé ») dans les périodes de surproduction et — *a contrario* — une interprétation extensive (« la défense concerne, par analogie, la farine, le pain, et aussi le lait, la viande, etc.) dans les périodes de disette ou de famine » (M. SBRICCOLI, *op. cit.*, p. 107).

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 611 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

nation des donations déguisées faites à un incapable ne constitue que *le rappel d'un principe général* informulé, d'après lequel le déguisement est illicite par cela seul qu'il tend à dispenser les parties d'une formalité imposée par la loi, celle de la solennité exigée pour toute donation »(171).

— Troisième exemple : Il concerne l'art. 334-9. « Aux termes de […] (ce texte) : "Toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état". Cet article est célèbre surtout à raison de l'interprétation *a contrario* qu'en a proposé une partie de la doctrine […] l'enfant dont la filiation légitime résulte uniquement de son acte de naissance peut […] faire constater sa possession d'état et, partant, sa filiation naturelle […] à l'égard d'un autre homme que le mari de sa mère et demander au tribunal de trancher le conflit entre sa paternité légitime et sa paternité naturelle sur le fondement de l'art. 311-12. Certains auteurs ont toutefois proposé une lecture *analogique* de l'art. 334-9 qui aurait permis de l'appliquer quand l'enfant a une filiation légitime établie uniquement par son acte de naissance »(172).

(171) H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, pp. 725 et s. Voy. aussi mais pour la validité seulement : G. Thomas-Debenest, J.-Cl. civil. Code, art. 931, Fasc. 20, n° 11 : « on fait remarquer que certains articles du Code civil ont, dans des hypothèses particulières, édicté la nullité des donations déguisées : art. 911 qui concerne les donations déguisées faites à un incapable ; art. 1099 qui concerne les donations déguisées entre époux. Dès lors, on peut par un raisonnement *a contrario* dégager un principe selon lequel les donations déguisées sont valables chaque fois qu'elles n'entrent pas dans l'une des hypothèses prévues par ces articles ».

(172) « Mais on a vu que la jurisprudence s'était ralliée à l'interprétation *a contrario* de l'art. 334-9 ». F. Granet, J.-Cl. civil. Code, art. 334-8 à 333-10, Fasc. unique, n°s 59, 60 et 65. Voy. aussi : le même auteur et le même exemple : J.-Cl. civil. Code, art. 335 à 339, Fasc. unique, n° 60.

On peut trouver un quatrième exemple dans : D. Veaux, J.-Cl. civil Code, art. 1146 à 1155, Fasc. 15, n° 47. L'exemple concerne l'art. 1151 du Code civil. Ce texte dispose que : « dans le cas même ou l'inexécution résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et *directe* de l'inexécution de la convention. Certains commentateurs du XIXe siècle en avaient conclu, en raisonnant *a contrario*, qu'il en était autrement en matière délictuelle, la responsabilité devant alors entraîner la réparation des dommages même indirects. Mais la jurisprudence n'a pas suivi cette ligne de conduite […] En réalité, en matière contractuelle *comme* en matière délictuelle, le dommage est réparable du moment qu'il y a un lien de causalité suffisant entre la faute (ou le fait) du responsable et le préjudice subi par la victime ».

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 612 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Ainsi, en droit français, mais aussi en droit musulman et en d'autres droits, il y a lieu parfois à choisir entre deux règles : la règle selon laquelle *poser l'un c'est exclure l'autre* et la règle selon laquelle *poser l'un c'est poser l'autre* (173).

* * *

48 — Les deux règles ont traversé de bout en bout ce travail :

En effet, *l'objet du travail* a été le raisonnement *a contrario*. Ici on a pu relever qu'il y a une idée et une idée ajoutée ; que l'idée ajoutée peut être une qualité, une condition, un terme, une quantité, un nom, une exception, etc. L'idée et l'idée ajoutée constituent le cas mentionné. Le cas non mentionné est son contradictoire et non pas son contraire.

La prescription à appliquer à ce cas non mentionné est, selon les cas et les thèses en présence, soit la contradictoire de la prescription mentionnée, soit une prescription constituant principe ou origine.

On peut, enfin, trouver l'exemple suivant dans : M.-L. MATHIEU-ISORCHE, *op. cit.*, pp. 172 et s. : « Les chats âgés de plus de 2 ans sont tenus de s'inscrire à l'école […] *A contrario* […] les chats de moins de 2 ans ne sont pas tenus de s'inscrire à l'école […] *Par analogie* […] les chiens de plus de 2 ans doivent également s'inscrire à l'école […] si l'on considère que l'âge est la raison de l'inscription. *A fortiori* : Si la raison de la règle est que les félidés doivent apprendre à ne plus griffer (ce qu'on enseignerait à l'école) dès l'animal de 2 ans, alors il faut y inscrire les tigres ».

(173) Le contenu d'une norme juridique, régissant directement les actes, consiste en trois choses : le droit bilatéral, l'obligation et l'interdiction. Le droit bilatéral est le principe, l'obligation et l'interdiction sont l'exception (J.-L. GARDIES, *op. cit.*, pp. 68 et s.). Il en résulte qu'une norme pénale (ou fiscale), ayant pour contenu ce qui est exception, se prête au raisonnement *a contrario* (cette solution a été adoptée en droit musulman par une minorité en dehors du droit pénal. C'est une solution qui ferme la porte de l'analogie. En droit français, on a dit que « l'interprétation *a contrario* doit être […] préférée en droit pénal ». D. FENOUILLET, J.-Cl. civil. Code, art. 16 à 16-12, Fasc. 32, nº 63). Pour la norme civile, bien qu'ayant elle aussi pour contenu ce qui est exception, on affirme qu'elle se prête aussi bien au raisonnement *a contrario* qu'au raisonnement par analogie (Il est à noter, qu'en méthodologie du droit occidental et en méthodologie du droit musulman, on a également soutenu qu'il est possible de raisonner par analogie sur les dispositions pénales. Voy. sur la méthodologie du droit musulman : *W. Zuḥaylī*, *op. cit.*, T. I, p. 706. Il s'agit de la position de la majorité — Voy. sur la méthodologie du droit occidental : C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (*op. cit.*), pp. 46 et 60 ; K. STOYANOVITCH, « L'interprétation du droit dans les pays socialistes », *A.P.D.* nº 17, pp. 159 et s.).

003_191547BHJ_RDIC4_MEP_FM9.fm Page 613 Lundi, 22. octobre 2012 4:33 16

Ceci a conduit à dire que la définition du raisonnement *a contrario* doit recevoir un changement. En effet, on doit affirmer que ce raisonnement consiste :

dans certains cas à conclure d'une contradiction des cas (ou encore des prémisses ou hypothèses) à une contradiction dans les prescriptions (ou encore dans les conséquences ou solutions) ;

dans d'autres cas à conclure, selon les thèses en présence, d'une contradiction des cas, ou bien à une prescription contradictoire, ou bien à une prescription constituant principe ou origine.

49 — Voilà pour l'objet du travail, voici pour son *hypothèse*. Celle-ci est maintenant vérifiée. En effet, en matière de raisonnement *a contrario*, poser ce qui a été écrit en méthodologie du droit musulman, c'est poser (ou c'est presque poser) ce qui a été dit en méthodologie du droit occidental.

50 — Mais le raisonnement *a contrario* n'est qu'un élément d'un ensemble comportant d'autres types de raisonnement. La question est alors de savoir si ce que l'on vient de vérifier concerne le reste de l'ensemble ? Pour répondre, il faut faire de la méthodologie comparée. Si la réponse est positive, il faut alors dire qu'il n'y a pas méthodologie comparée, mais méthodologie.